

SUROGATNO MAJČINSTVO KAO MODERAN OBLIK EKSPLOATACIJE ŽENA I TRGOVINE DJECOM

Prof. dr. sc. Dubravka Hrabar*

UDK: 347.63-055.62

347.63-055.62:343.341

347.63:179.7

316.356.2:179.7

DOI: 10.3935/zpfz.70.23.01

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: lipanj 2020.

Surogatno majčinstvo noviji je pravni oblik uspostavljanja roditeljskog odnosa u pravilu genetski nesrodnih osoba s djetetom, koje im na temelju ugovora o surogatnom majčinstvu predaje žena koja je dijete rodila. Osim što je riječ o razdvojenosti genetskoga, socijalnog i pravnog roditeljstva, što stvara posvemašnju pravnu zbrku, ovi ugovori otvaraju mnoštvo etičkih i pravnih pitanja. Pravni sustavi odgovore na ovaj suvremeni izazov stvaraju ignorirajući ih, dopuštajući ih ili pak zabranjujući. Ugovori o surogatnome majčinstvu objedinjuju interese različitih subjekata, istodobno dovodeći u pitanje tisućljetnu presumpciju mater semper certa est. Posebice velik prijemor predstavljaju takvi ugovori s međunarodnim obilježjem, pa su i predmetom odluka Europskoga suda za ljudska prava s aspekta povrede prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. Judikatura ovoga Suda isprva je štitila prava djece i njihovu dobrobit kad je riječ o ugovorima o međunarodnom surogatnom majčinstvu, da bi posljednje presude govorile u prilog zaokretu prema de facto iskorištavanju žena i trgovini djecom, odnosno o činjenici da Sud prelazi granice svojih ovlasti, da predstavlja više smetnju negoli pomoć i da se utječe slobodi kretanja građana kao pojmu nadređenom obiteljskopравnim nacionalnim sustavima i njihovim vrijednostima. Europska legislativa je manjkava, a pod stalnim pritiskom želje za ohrabrujućim i odobravajućim uređenjem, pri čemu autonomija volje surogatne majke predstavlja temelj neovisno o tomu što se dijete kao središnji subjekt ovog pravnog odnosa instrumentalizira i stavlja na marginu odnosa i ugovora, krši djetetova različita prava.

Ključne riječi: surogatno majčinstvo, javni poredak, iskorištavanje žene, prava djece, Europski sud za ljudska prava

* Dr. sc. Dubravka Hrabar, profesorica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb; dubravka.hrabar@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4103-8190

1. SUROGATNO MAJČINSTVO VS. *LINGUAGGIO DELLA VITA*

Postmoderno doba omogućilo je argumentom želje i moći ostvarenje mnogih pojedinčevih ideja, pa tako i da usprkos medicinskim zaprekama postane roditeljem. Medicinski pomognuta oplodnja kao plemenita pomoć dobro je došla u svim onim situacijama kad ne prekoračuje etičke standarde, ne škodi trećima i kad se u putanji pravnog područja ne sukobljava s javnim poretom. Jedan od novijih postupaka koji je s jednim svojim krakom u području medicinski pomognute oplodnje, a s drugim u pravnoj regulativi jest surogatno majčinstvo. Obilježeno je mnoštvom prijedora, među kojima se ističe razdvojenost genetskog, socijalnog i pravnog roditeljstva, koji su bili objedinjeni u tradicionalnomu sustavu odnosa roditelj – dijete i temeljili se na biološkoj (genetskoj) vezi djeteta i roditelja kao pretpostavci socijalnog i pravnog roditeljstva.¹

Majčinstvo je kroz generacije značilo sigurnost zbog neupitnosti, kako biološki gledano, tako i kroz pravnu atribuciju, imalo je svoj integritet. *Mater semper certa est*² kao pravni aksiom, jednostavna premisa i početna točka razmatranja prerasla je u pravnu presumpciju jer je iskustvo pokazalo kako nema dvojbe da dijete pripada ženi koja ga je rodila. Ako bismo o ovoj presumpciji zanemarili negativne konotacije kakve joj pridaju neki zagovornici surogatnog majčinstva³, mogli bismo ustvrditi da pravo kao korektiv i regulativa društvenih odnosa mora težiti provjerenim i sigurnim rješenjima, što surogatno majčinstvo zasigurno nije. Ono, naime, izaziva čitav niz etičkih i pravnih prijedora, s kojima se donedavno nismo susretali, na putu u pravni ambis i nesigurnost, ukrašenih zapanjujuće maštovitim, a pojedinačno tragičnim sudbinama⁴, stavljajući pojam i značenje majčinstva na Prokrustovu postelju, depersonalizirajući ga, okrutno kidajući prirodni, biološki odnos majke i djeteta. Majčinstvo kao središnje pitanje suro-

¹ Roditeljski odnos nastaje i posvojenjem djeteta od, u pravilu, nesrodnih osoba. Obiteljska zakonodavstva razlikuju se po opsegu i učincima posvojenja te po pretpostavkama.

² Paulus, D. 2, 4, 5. O toj reguli vidi pobliže Petrak, M., *Pravne regule "Mater semper certa est" i "Pater is est quem nuptiae demonstrant" u suvremenom kontekstu*, u: Šalković, J. (ur.), *Kanonsko pravo i medicina: izabrana pitanja*, Glas Koncila, Zagreb, 2013., str. 181 – 189; Hrabar, D., *Što je s podrijetlom djeteta ako mater non semper certa est?*, u: Hrabar, D. (ur.), *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 23 – 32.

³ Kako to opisuje Storow, R. F., *"The phantom children of the Republic": international surrogacy and the new illegitimacy*, Journal of Gender, Social Policy & the Law, vol. 20, br. 3, 2012., str. 593 i 595, govoreći o "kultu gestacijskog majčinstva" te o "tvrđoglavoj ideologiji gestacijskog majčinstva".

⁴ Usporedi stvarne slučajeve koje opisuje Storow, *op. cit.* u bilj. 3, str. 597 i d.

gatnog majčinstva neraskidivo je povezano sa sudbinom i pravima djeteta koje je “načinjeno” s namjerom, a ne jednostavno rođeno.

Zamjensko ili surogatno majčinstvo postupak je koji s biološko-medicinskog aspekta najčešće predstavlja “najkontroverzniji oblik medicinske oplodnje”⁵ jer zametak i dijete koje nosi i rađa surogatna majka u većini slučajeva⁶ genetski ne potječu od surogatne majke, već češće od jednoga (obično muškarca) ili rjeđe od oboje u paru koji naručuje rođenje djeteta ili pak od trećih osoba (donora). Etički izazovi mogu dati odgovor na pitanje je li surogatno majčinstvo dopustivo i poništava li ono *linguaggio della vita* otvarajući vrata novoj pravnoj regulativi. Određene društvene vrijednosti i pravni postulati kao što su javni poredak, moral i ljudsko dostojanstvo zahtijevaju pravni odgovor na novonastalu situaciju. Pravno-etički problemi postoje i u nacionalnim sustavima, ali naglašeno i u slučajevima međunarodnog, transnacionalnog ili prekograničnog surogatnog majčinstva.⁷ Surogatnome majčinstvu imanentan je problem utvrđivanja tko se smatra ponajprije majkom djeteta, a zatim i njegovim ocem, pa u tome smislu njegov pravni aspekt potpada pod obiteljskopravne norme utvrđivanja majčinstva i očinstva. Osim ovoga, pitanje ugovaranja surogatnog majčinstva dotiče

⁵ Mulligan, A., *Identity rights and sensitive ethical questions: the European Convention on human rights and the regulation of surrogacy arrangements*, Medical Law Review, vol. 26, br. 3, 2018., str. 469 i 475.

⁶ Dijete može, biološki gledano, potencijalno imati tri majke: surogatnu majku, (anonymnu) donoricu jajne stanice i naručiteljicu (koja je dala svoju jajnu stanicu) te dva moguća oca (muža / izvanbračnog druga surogatne majke ili naručiteljice).

⁷ S pravnim problemima susreću se sve one države koje ograničavaju ili zabranjuju surogatno majčinstvo, ali i zemlje koje ga provode kao zdravstveno-uslužnu djelatnost bilo da su zadale pravne okvire ili nisu. U osnovi i najčešće su to problemi koji nastaju za naručitelje djeteta koji ne uspijevaju pravno postati roditeljima, ali i za dijete koje ostaje u svojevrsnom *limbu* kad je dijete začeto i rođeno u državi različitoj od one u kojoj naručitelji imaju prebivalište. Dovoljno je uočiti činjenicu da, prema medijskim napisima, više od tisuću djece u Ukrajini, koja izdašno opskrbljuje europsko tržište djecom iz surogatnog majčinstva, čeka preuzimanje od naručiteljskog para, u čemu su bili spriječeni zbog pandemije COVID-19 infekcijom; usporedi <https://dnevnik.hr/vijesti/svijet/tvornice-bebe-u-ukrajini-ne-mogu-do-roditelja-zbog-koronavirusa---605771.html> (27. svibnja 2020.). Govori se o “farmama djece” s reminiscencijama na nacističko doba i kampove djece; usporedi Sokolowski, M., *Surrogate motherhood in legal and political activities of the institutions of the European Union*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 604.

se i kaznenopravne⁸ i prekršajnopravne⁹ tematike. Negativno promišljanje o surogatnim aranžmanima stavlja u središte pitanje iskorištavanja surogatne majke i povredu prava djeteta koje ona nakon porođaja predaje naručiteljskom paru. Jesu li takve žene “stroj za rađanje djece”, “fetalni kontejneri”, “živi laboratoriji”, “slučajni inkubatori”, “reproduktivne cijevi”¹⁰, kako ih se pogrdno naziva, zaključit ćemo iz analize pravnog položaja takve žene.

Odnos prema surogatnome majčinstvu države pokazuju na različite načine: neke ga potpuno zabranjuju, neke ga dopuštaju pod širim ili restriktivnijim pretpostavkama, a neke ga potpuno ignoriraju bez ikakva pravnog odgovora. Razlozi za zabranu vrlo se često svode na zaštitu morala i javnoga poretka, a sustavi koji dopuštaju surogatno majčinstvo razlikuju se ovisno o tome koliko su precizno predvidjeli svaku moguću pravnu situaciju i sankcionirali je. Svjedoci smo rastućega problema, sve većeg broja slučajeva pred Europskim sudom za ljudska prava i zamjetnog kršenja zajamčenih ljudskih i dječjih prava. Negativan stav prema surogatnome majčinstvu iskazuje 15 europskih zemalja njegovom zabranom¹¹, deset nema pravnu regulativu¹², a dopušta ga pod strogim pravnim uvjetima njih sedam.¹³ Na pravnu zabranu ovih medicinskih postupaka zainteresirani su parovi odgovorili putovanjima u zemlje u kojima se surogatno majčinstvo obavlja (SAD, Ukrajina, Izrael i donedavno Indija).

U postupak sklapanja ugovora o surogatnome majčinstvu involvirani su žena koja će iznijeti trudnoću i predati dijete te naručitelji (najčešće bračni

⁸ Tako, primjerice, i hrvatski Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019) u čl. 107. propisuje kaznenu odgovornost za trgovanje dijelovima ljudskog tijela i ljudskim zametcima.

⁹ Primjerice, hrvatski Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji (Narodne novine, br. 86/2012) propisuje u čl. 56. prekršajnu odgovornost u smislu novčane penalizacije za traženje ili nuđenje usluge surogatnoga majčinstva, odnosno provođenja medicinskog postupka koji će omogućiti surogatno majčinstvo.

¹⁰ Soniewicka, M., *Ethical and philosophical issues arising from surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 91 spominje autore J. Robertson, J. L. Nelson, C. B. Cohen, J. Raymond.

¹¹ Prema istraživanju koje je proveo Europski sud za ljudska prava radi donošenja presude u slučajevima surogatnog majčinstva izrijekom ga zabranjuju: Austrija, Estonija, Finska, Island, Italija, Hrvatska, Španjolska, Njemačka, Moldavija, Crna Gora, Srbija, Slovenija, Švedska, Švicarska i Turska; usporedi par. 31 i 32 presude *Labassee protiv Francuske*.

¹² Andora, BiH, Mađarska, Irska, Latvija, Litva, Malta, Monako, Rumunjska i San Marino.

¹³ Albanija, Gruzija, Grčka, Nizozemska, Ujedinjeno Kraljevstvo, Ukrajina i Rusija.

par).¹⁴ No, ne smije se smetnuti s uma da određena prava za sebe može tražiti i muž / izvanbračni partner surogatne majke i djeteta. O tome da je djeteta objekt zloporaba kao što su trgovina i prodaja djece¹⁵ naveliko se elaborira u jurisprudenciji i judikaturi.

Ugovori o surogatnom majčinstvu otvorili su Pandorinu kutiju nepravdi, zaobilaženja zakona (*in fraudem legis agere*), kršenja ustaljenih pravnih pravila koja su dio javnoga poretka (primjerice presumpcije *mater semper certa est*), pravno-logičkih aksioma (primjerice da je nemoguće da otac djeteta bude poznat, a majka ne), pa je genetsko i gestacijsko majčinstvo došlo pod udar “izbora i odluka različitih sudionika koji začće djeteta ostvaruju ugovorima i ugodnošću”.¹⁶ Ako je išta ikada bilo sigurno u pravu, to je bilo potjecanje djeteta od žene koja ga je rodila. To je čvrsto uporište dovedeno u pitanje upravo ugovorima koji po svojoj naravi nisu perfektni za razliku od savršenstva prirode. Čini se da je ljudska ruka dotaknula osinje gnijezdo sokoleći se liberalističkim pristupom dopustivosti svega bez odgovornosti, svjesno napuštajući¹⁷ tradicionalne ljudske vrijednosti koje se zrcale u obitelji i ljudskom dostojanstvu.

¹⁴ Rusija i Ukrajina omogućuju komercijalno surogatno majčinstvo za heteroseksualne bračne parove, a tu uslugu mogu u Rusiji dobiti i samci. Ukrajinski sudovi ne dopuštaju muškarcima samcima i homoseksualnim parovima surogatno majčinstvo te su u nekoliko slučajeva pred sudom odbili takve zahtjeve; usporedi Bobrzenska, O., *Surrogate motherhood: current trends and the comparative perspective*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiariu Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 649.

¹⁵ Khazova, O. A.; Mezmur B. D., *UN Committee on the Rights of the Child – Reflections on Family Law Issues in the Jurisprudence of the CRC Committee*, u: *International Survey of Family Law 2019*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019., str. 322. O kaznenim aspektima trgovine kod medicinske oplodnje vidi Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *Human reproduction – selected aspects of criminal justice in Croatia*, *Journal of Eastern-European Criminal Law*, vol. 1, br. 1, 2016., str. 240.

¹⁶ Čulo Margaletić, A.; Preložnjak, B.; Šimović, I., *Presumption of Motherhood on Cross-road of Surrogacy Arrangements in EU*, u: Duić, D.; Petrašević, T. (eds.), *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC 3)*, Conference book of proceedings, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Faculty of Law, Osijek, str. 781.

¹⁷ Razvoj u pravcu dopustivosti vidljiv je u Ujedinjenom Kraljevstvu. Tako je 1984. godine, ubrzo nakon prvih *in vitro* fertilizacija, tzv. Warnock odbor zauzeo negativan, štoviše “antipatičan” stav glede surogatnog majčinstva, da bi tzv. Izvješće Brazier iz 1998. zauzelo sasvim suprotan, liberalan stav, pa se tako smatra da surogatni ugovori moraju biti plaćeni, a iskorištavanje žena povezuje se samo uz nesposobnost surogatne majke da razumije rizike koje donosi surogatni ugovor te ako je nesposobna donijeti informirani pristanak; usporedi Fenton-Glynn, C., *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements*, *Medical Law Review*,

Jurisprudencija se kao i legislativa na nacionalnoj razini razlikuju u pitanju prihvatljivosti ili odbojnosti prema zamjenskomu majčinstvu. Razlozi mogu biti raznoliki: od konzervativnoga svjetonazora koji štiti prirodne odnose i tradicionalnu obitelj, do liberalističkog svjetonazora koji čovjeka i njegove želje stavlja u ultraindividualističko središte; od deontološkog koji štiti dostojanstvo žene (surogatne majke) i djeteta, do voluntarističkog koji uz makijavelističko opravdanje podržava ekonomski aspekt surogatnog majčinstva. Kontroverzni aspekt surogatnog majčinstva vidljiv je i u razlici između država po pitanju priznaju li, radi ustanovljenja i priznanja pravnog odnosa između djeteta i naručitelja – strane izvatke iz matice rođenih zemlje rođenja djeteta ili traže potvrdu o biološkoj vezi djeteta i naručiteljskog para (u pravilu muškarca). U raspravama oko dopustivosti surogatnoga majčinstva često izostaje rasprava o djetetovoj dobrobiti i njegovim pravima, pa se u središte interesa i pravne prosudbe stavlja odnos surogatne majke i naručitelja trudnoće, rađanja i predaje djeteta. Doista, riječ je o pravima i dužnostima dvaju ugovornih strana jer u trenutku sklapanja ugovora dijete još ne postoji.¹⁸ Sklapa se ugovor kojim ugovorne strane štite neke svoje interese i prava upitnog legitimiteta, dok buduće, u tome trenutku još nezačeto dijete, čija egzistencija (začećem i rođenjem) omogućuje ostvarenje ugovornih klauzula, ostaje izvan dosega pravne zaštite, preciznije rečeno njegovo pravo na saznanje podrijetla te odgoj i skrb (bioloških¹⁹) roditelja²⁰ nisu predmetom ugovora.

vol. 24, br. 1, 2016., str. 68. Sukladno tomu, država nema nikakve ingerencije u kormilarenju takvim odnosima.

¹⁸ Novije pravne rasprave koncentrirane su oko mogućeg pravnog statusa još nezačeta djeteta (tzv. *non-existed identity*) i njegova prava da se ne rodi jer će njegov život biti nevrijedan življenja. O tome vidi pobliže: Buchanan, A.; Brock, D. W.; Daniels, N.; Wikler, D., *From Chance to Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.; Wilkinson, S., *Choosing Tomorrow's Children. The Ethics of Selective Reproduction*, Oxford University Press, Oxford, 2010.; Bennett, R.; Harris, J., *Are there lives not worth living? When is it morally wrong to reproduce*, u: Dickenson, D. L. (ed.), *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.; Archard, D., *Wrongful life*, *Philosophy*, vol. 79, 2004., str. 403 – 420; Ten Haaf, L., *Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction*, *Laws*, vol. 5, 2016., str. 1 – 16.

¹⁹ Valja uzeti u obzir da u vrijeme pripremnih radova i donošenja Konvencije o pravima djeteta (1979. – 1989.) tvorci Konvencije nisu mogli imati pred očima mogućnost razdvojenosti genetskog i gestacijskog majčinstva te su, u skladu s najprirodnijim, roditeljsku skrb namijenili biološkim roditeljima, a ne naručiteljima. Pojedini juristi zauzimaju se da se i Konvenciji o pravima djeteta pristupa kao živućem mehanizmu (*living instrument*) te da bi se pojam roditelja mogao proširiti i na naručitelje.

²⁰ Odbor za prava djeteta upozorava na konstantno kršenje tog prava u nacionalnim sustavima (u Irskoj 2016., Gruziji 2017., Španjolskoj 2018. i Belgiji 2019.); usporedi Khazova; Mezmur, *op. cit.* u bilj. 15, str. 324.

Izazovi i dvojbe ponajprije su rezultat nesklada između “mogućeg” i “dopustivog” usprkos izreci *non omne quod licet honestum est*. Istinski je teško kroz etički diskurs i pravnu logiku opravdati baš svaki postupak koji je moguće provesti. Taj raskorak čovjekove moći i prirode sve je vidljiviji svakim danom, dakako, na štetu čovjeka. Čovjek nije biće tehnike, već moralno biće, biće univerzuma, biće odnosa.

2. ZAINTERESIRANI SUBJEKTI UGOVORA O SUROGATNOM MAJČINSTVU

Surogatno majčinstvo nastaje na temelju ugovora. Karakter i dopustivost raznih ugovora procjenjuje se kroz njihov cilj, pa su u civilnom pravu neki dopustivi, a neki pak nisu.²¹ Kod surogatnog majčinstva treba ponajprije postaviti pitanje – što mu je cilj, je li on legitiman, je li ugovor o surogatnom majčinstvu dopustiv i može li se usporediti s posvojenjem glede “prijenosa” roditeljske skrbi? Cilj je surogatnog majčinstva ostvariti roditeljstvo na ugovoran način. Legitimnost cilja sudara se s ljudskim dostojanstvom žene surogatne majke i djeteta, a o čemu će riječi biti *infra*, pa je i dopustivost ugovora dvojben. Kod prekograničnog surogatnog majčinstva problem se umnogostručuje, pa je s aspekta vladavine prava dodatno upitna njegova dopustivost. Naime, u surogatnom aranžmanu ne samo da dijete ima pravnu majku na temelju porođaja (zamjensku, surogatnu), već potencijalno još dvije majke (donoricu jajne stanice²² i naručiteljicu), dva moguća oca (muža / izvanbračnog druga surogatne majke ili naručitelja), a može usprkos svemu pravno ostati bez roditelja. Usporedba ugovora o surogatnom majčinstvu s posvojenjem je neprikladna, argumentacija predstavlja logičku pogrešku *red herring* jer u slučaju posvojenja dijete već postoji i zbrinjava se u novoj obitelji, a kod surogatnog majčinstva tek se kreira biće koje će biti ispunjenje želja naručiteljskog para.²³

Postoje dva tipa aranžmana o surogatnom majčinstvu: genetski – u kojem je surogatna majka ujedno i donor jajne stanice te – gestacijski u kojem surogatna majka (samo) iznese trudnoću, a jajna stanica potječe od naručiteljice (obično iz

²¹ Na primjer, nedopustiv je ugovor o prodaji grobnog mjesta, javnog puta ili parka i sl.

²² Valja upozoriti i na moguće embriološke manipulacije s dvije jajne stanice dviju žena stvaranjem jedne nove jajne stanice.

²³ O razlikama vidi pobliže Gajda, J.; Lukasiewicz, R., *Principles of adoption system versus surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wmiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 709 – 751.

para) ili treće nepoznate žene.²⁴ U oba slučaja moguće je da interes biti majkom ima više žena, a uključi li se i zahtjev(i) za utvrđivanjem očinstva²⁵, onda je broj zainteresiranih osoba znatno veći, a moralne dileme i konflikti uloga zamršeniji. Svi su oni pravni subjekti koji ugovorom nastoje zaštititi svoja prava.

Doda li se ovome transnacionalno obilježje surogatnog majčinstva, dakle kad se ugovor sklapa izvan zemlje prebivališta naručiteljskog para, pravni se problemi multicipliraju, pa je takvih slučajeva, u odnosu na europske zemlje, sve više pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu (dalje u tekstu: ESLJP ili Sud). Surogatno majčinstvo sve se više prakticira i čini se da je riječ o povećanom broju prekograničnih surogatnih aranžmana.²⁶ Prekogranično surogatno majčinstvo uključuje najmanje dva pravna sustava upravo zato što su naručitelji posegnuli za uslugom surogatnoga majčinstva u stranoj zemlji jer ga zemlja njihova domicila ne dopušta ili zabranjuje. Na drugoj strani postoji pravni sustav koji dopušta takve aranžmane iz kojekakvih razloga²⁷ i žena koja je voljna takvu osobnu uslugu pružiti. Razvidno je da naručitelji zaobilaze propise vlastite zemlje.

Sukob propisa (odnosno nacionalnih pravnih sustava) za posljedicu ima dva negativna učinka: s jedne strane država naručitelja zbog svojih zabrana ne omogućuje im da pravno postanu roditelji, a s druge strane dijete rođeno iz aranžmana o surogatnom majčinstvu ostaje zakinjuto za različita prava koja mu jamče međunarodni dokumenti: pravo na identitet, roditeljsku skrb, obiteljsko okruženje, zdravlje i nacionalnost.²⁸ Pravni teoretičari ističu mnoge probleme koji mogu nastati kao rezultat surogatnog majčinstva koje ne priznaje država naruči-

²⁴ Wedel-Domaradzka, A., *Surrogacy – a solution that brings new problems. International organizations and surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 608. identificira nekoliko tipova surogatnog majčinstva: *sensu stricto*, *sensu largo*, *quasi* surogatstvo i pseudosurogatstvo, ovisno o podrijetlu gameta.

²⁵ Naime, dijete je moglo biti začeto sjemenom naručitelja (iz para) ili sjemenom nepoznatog donora, a nije isključeno da je do začeća moglo doći nehotice, a prirodnim putem i od strane muža / izvanbračnog druga surogatne majke (nakon prividno uspješno obavljene medicinske inseminacije).

²⁶ Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 59. navodi da je nepoznat točan broj surogatnih rođenja, no spominje za Ujedinjeno Kraljevstvo povećanje godišnjeg upisa takvih rođenja od čak 26 % u 2011. godini (u odnosu na 2 % u 2008.).

²⁷ U siromašnim zemljama koje dopuštaju surogatno majčinstvo ono se opravdava novčanim probitcima na strani žene surogatne majke i poboljšanjem nacionalne ekonomije jer turističkim boravkom naručitelji pomažu domaćem gospodarstvu.

²⁸ Tako Achmad, prema *op. cit.* u bilj. 16, str. 780.

telja. Iako bi interesi djece trebali biti središte tih pravnih odnosa, zabilježeni su slučajevi kad su djeca došla na pravnu marginu. Tako Claire I. Achmad upozorava na apatridiju djece, djecu kao objekt borbe ("*contested children*"), djecu koju nakon rođenja nitko od sudionika ne želi (osobito ako se rode s nekim nedostacima), djecu dizajniranu po željama naručitelja (zahvaljujući predimplantacijskim metodama²⁹) te upozorava na smanjen interes za posvojenjem djece.³⁰

Premda bi najbolji interesi djeteta, kako ih promiče i štiti Konvencija o pravima djeteta, trebali biti uvijek primarni i u središtu, činjenica je da surogatno majčinstvo ipak ponajprije pogoduje naručiteljima da postanu roditelji uz tuđu uslugu (naplatnu ili besplatnu³¹), zatim surogatnoj majci (zbog financijske nagrade), a dijete je tek posljedica takvog aranžmana i nerijetko u stvari objekt³² pravnog posla. Ne smije se smetnuti s uma da veliku financijsku korist od takvih ugovora imaju i posrednici odnosno posredničke agencije, da je riječ o velikom biznisu, da siromašne zemlje u kojima ovaj posao "cvate" i same bilježe financijske koristi.³³

Žena koja rodi dijete u većini država EU-a smatra se majkom djeteta ili to jest³⁴ u skladu s predmnjevom *mater semper certa est*, pa se u maticu rođenih upisuje kao majka. Slijedom toga kao majka bit će upisana surogatna majka (tako primjerice u Irskoj i Engleskoj) bez obzira na to potječe li dijete iz njezine jajne stanice, jajne stanice naručiteljice surogatnog majčinstva ili treće žene

²⁹ O nekim pravnim problemima predimplantacijskih genetskih dijagnoza i njihovu utjecaju na ljudsku reprodukciju vidi više u: Croke, L., *Pre-implantation Genetic Diagnosis under the General Scheme of the Assisted Human Reproduction Bill 2017: How Should Irish Law Regulate Prospective Parents "Designing" Their Future Child*, King's Inns Law Review, vol. 126, 2017., str. 126 – 157.

³⁰ Achmad, C. I., *Children's rights in International Commercial Surrogacy*, E. M. Meijers Institut, Leiden, 2018., str. 55 i d.

³¹ Teško je zamislivo da će žena trudnoću iznijeti bez naknade jer je riječ o različitim rizicima, tegobama i promjenama koje žena doživljava kroz trudnoću i porođaj. Razlike u naknadama su nemale i nerijetko bivaju predmetom prijepora. Tako ona iznosi od 23.000 do 53.000 američkih dolara u SAD-u, 3.000 funti u Indiji, 8.812 funti u Rusiji; usporedi Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 63.

³² Usporedi Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 780.

³³ Spominju se velike zarade države, primjerice, milijarde dolara u Indiji (u kojoj je od 2018. surogatno majčinstvo dopušteno samo za bračne parove i to kao altruističko, dok je komercijalno zabranjeno); usporedi Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 66.

³⁴ O dvojicama i značenju te doseg razlikovanja da se majkom djeteta smatra (*habetur*) ili to jest (*est*) žena koja ga je rodila te skrivenim implikacijama tih dvaju razlika vidi поближе: Hrabar, D., *Što je s podrijetlom...*, *op. cit.* u bilj. 2, str. 24 i d.

(donorice).³⁵ U ovom kolopletu zainteresiranih subjekata surogatna majka nema interes biti i pravno majka te vjerojatno želi što prije svoj pravni odnos s djetetom ustupiti naručiteljici (i njezinu mužu). Njezin je interes financijska korist koja se isplaćuje prema odredbama ugovora, obično u raspodjeli: dio nakon postizanja trudnoće, a ostatak po rođenju i predaji djeteta. Zamislivo je da surogatnom majkom bude žena koja je bliska naručiteljici kroz srodstvo ili prijateljstvo i za tu uslugu ne želi naknadu. Međutim, u pravilu su surogatna majčinstva naplatni³⁶ pravni poslovi.

Otvaraju se različita pitanja, pa i pitanje naknade štete različitim sudionicima iz raznih pravnih osnova. Tako se postavlja pitanje pripada li surogatnoj majci pravo na naknadu štete ako trudnoća nije uspjela (primjerice nije uspjela *in vitro* fertilizacija, nije došlo do implantacije zametka ili je došlo do spontanog pobačaja) ili ako je morala zbog svojeg zdravlja pobačiti; pripada li naručiteljima pravo na naknadu štete u slučaju namjernog pobačaja surogatne majke bez njihova pristanka, osobito ako je genetski materijal naručitelj; mogu li naručitelji ugovoriti pobačaj djeteta, odnosno može li se surogatnu majku natjerati na pobačaj ako je ustanovljeno da će se dijete roditi s nedostacima te štite li u tom slučaju naručitelji vlastiti (?) zametak kao *non-existing entity*, odnosno biće kojem pridaju pravni subjektivitet. Vjerujemo da bi odgovor liberalističkih apologeta surogatnog majčinstva u odnosu na naknadu štete bio pozitivan, pozivajući se na emocije i "usmrćenje" nerođena djeteta (koje bi možda neka druga surogatna majka rado nosila i rodila!) i istodobno kontradiktoran *pro choice* promišljanju.

Interes naručitelja jest da postanu roditelji, odnosno da kao takvi budu upisani u maticu rođenih djeteta ne bi li time imali cijeli *corpus* prava, odgovornosti i dužnosti prema djetetu. Njihove emocije zbog neostvarenog roditeljstva su samorazumljive, no nisu ključ uspjeha. Naime, "pravo na roditeljstvo", "pravo na dijete" i "pravo biti roditeljem" inegzistentna su, nepostojeća prava koje ne jamči nijedan međunarodni dokument ni nacionalni propis. Ovu želju, koju mnogi nazivaju pravom, ne treba miješati s pravom na osnivanje obitelji koje

³⁵ Riječ je o slučaju koji opisuju P. Beaumont i K. Trimmings, u kojemu su naručitelji dali svoje spolne stanice surogatnoj majci, no nisu mogli biti upisani kao majka i otac; usporedi Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 782.

³⁶ U Nizozemskoj, primjerice, i u Engleskoj (prema *Human Fertilisation and Embriology Bill*) dopušteno je jedino tzv. altruističko surogatno majčinstvo u kojem nema novčane kompenzacije, a dijete mora potjecati od naručiteljskog para; usporedi Florescu, S.; Sloth-Nielsen, J., *Visions on Surrogacy – from North to South: The Approach of the Netherlands and South Africa to the Issue of Surrogacy and the Child's Right to Know His Origin*, u: Brinig, M. (ur.), *International Survey of Family Law 2017*, Jordan Publishers, 2017., str. 241.

je ljudsko pravo³⁷, pri čemu obitelj nastaje rođenjem ili posvojenjem djeteta. Dakako da je ovo pravo u svojoj realizaciji relativnog značenja jer sve osobe koje nisu sklopile brak ili izvanbračnu zajednicu ovo pravo *volens aut nolens* nisu ostvarile. Odnos naručitelja prema surogatnom majčinstvu jest da oni postaju ugovorna strana koja, ovisno o slobodi i dogovoru, snosi troškove medicinske oplodnje, trudnoće, porođaja i predaje djeteta. Iznos novca koji daju za uslugu surogatnog majčinstva u pravilu je visok, no čini se da agencije uzimaju njegov najveći dio. Pravna situacija naručitelja dvojaka je: jedan je put do rođenja i predaje djeteta, a drugi je put kako da se upišu kao roditelji u maticu rođenih svojeg domicila. Međutim, prava naručitelja mogu biti ugrožena radnjama surogatne majke koja se ne ponaša po uputama ili ugovorenim klauzulama u smislu zdravog života za vrijeme trudnoće (izostanak alkohola, droga, neuredan život, pretjerana debljina) i svega onoga što može ugroziti zdravlje nerođena djeteta. Njihova ugovorna prava mogu biti ugrožena ne samo ako dijete genetski potječe od njih (najčešće od muškarca u paru), već i ako je začeto tuđim spolnim stanicama. Oni su stranka ugovora i u interesu im je da se dijete rodi živo i zdravo. No, postoji i mogućnost da u jednome trenutku na strani naručitelja izostane volja za realizacijom ugovora, a dijete je začeto. To bi mogao biti slučaj smrti jednog od naručitelja, njihov razvod, spoznaja da je takav ugovor nemoralan ili da imaju pravne zapreke za upisom njihova roditeljstva, vlastita (nenadana) trudnoća, spoznaja da će se dijete roditi s određenim zdravstvenim problemima, radnopravni problemi, preseljenje u drugu državu, novi motivi za promjenom života bez djeteta itd. Njihov odustanak ima za posljedicu dva problema: što će biti s djetetom ako ga surogatna majka ili njezin muž/partner ne žele te ima li ona pravo na isplatu u novcu za uslugu trudnoće, odnosno zadrži li dijete, stvara li se obveza naknade novca za genetski materijal naručitelja (ako je tako bilo)? U prvome slučaju djetetu će kao roditelj biti upisana surogatna majka i možda će ga dati na posvojenje. Ako je surogatna majka u braku, njezin će se muž smatrati ocem djeteta. Pravno može nastati kompleksna situacija ako bi dijete muž htio zadržati, a surogatna majka ne. U slučaju odustanka naručitelja oni bi bili dužni podmiriti sve troškove surogatnoj majci prema ugovoru.

Interes muža ili izvanbračnog druga surogatne majke mogao bi se pojaviti u slučaju kad bi on znao da je biološki otac djeteta (očito zbog neuspjele *in vitro* fertilizacije) te ga nakon porođaja ne želi predati naručiteljima. Bude li u sukobu s majkom koja želi ispuniti ugovornu obvezu, njegov će položaj ovisiti o ugovornim klauzulama koje bi ga mogle u tome spriječiti jer najčešće nije stranka ugovora. Dakle, premda biološki otac, on to pravno neće biti.

³⁷ I s njime povezano pravo na sklapanje braka. Dakako, ovo pravo valja tumačiti u smislu zabrane njegova ograničavanja, a ne i kao dužnost države da ga osigura.

Žena koja je bila donorica jajne stanice kao i muškarac donor sjemenja pravno su nevažne osobe, u pravilu anonimne i nemaju nikakvih prava spram djeteta niti stranaka ugovora.

Posrednici ili posredničke agencije su osobe koje pronalaze surogatne majke i spajaju ih s naručiteljima i *vice versa*. Njihova usluga kao i kod svakog posredovanja naplatna je, ugovara se u postotku ili u apsolutnom iznosu, a u zemljama u kojima djeluju registrirani su upravo za davanje takve usluge. Posrednici mogu pružati i određene psihološke usluge prije prihvata ponude, najčešće i sastavljaju ugovore, ali se izuzimaju iz jamstva njihove provedbe. Oni paze na svoje interese i spremni su zaštititi ih na sudu.

U ugovorima o surogatnom majčinstvu očito je da je primaran cilj naručitelja postati roditeljima. No, roditeljem se postaje kroz dijete, pa je dijete *condicio* roditeljstva. Stoga mu i pripadaju najveća prava, premda ono samo o njima ne pregovara, nitko se za njega ne zauzima, ono nema utjecaja na svoj pravni položaj i ovisi o surogatnoj majci i naručiteljima. Dakako da takva pozicija nije nimalo obećavajuća i svodi dijete na objekt želja odmičući ga od pravnog subjektiviteta koji mu jamči Konvencija o pravima djeteta. Zahvaljujući ovoj Konvenciji dijete je postalo pravnim subjektom s mnoštvom specifičnih međusobnih dječjih prava natkriljenih četirima načelima: najboljim interesom djeteta, pravom na opstanak i razvoj, pravom na izražavanje mišljenja i zabranom diskriminacije. U situaciji ugovaranja rađanja djeteta dovode se u pitanje neka njegova konvencijska prava *in spe*. Riječ je o pravu djeteta da bude odgajano od roditelja kao primarnih odgajatelja koji imaju roditeljsku odgovornost prema djetetu.³⁸ Daljnje ugroženo pravo djeteta je pravo na saznanje podrijetla, dakle da zna tko su mu biološki roditelji, što se u pravilu krši ako dolazi do predaje djeteta naručiteljskom paru. Naime, većina surogatnih majčinstava postignuta je gametama anonimnih donora i predstavlja čvrst otklon od ovog iznimno važnog³⁹ prava djeteta.⁴⁰ Dijete koje zbog zapreka u pravnome sustavu ne može biti predano naručiteljima zakinu je za obiteljsko okružje koje Konvencija o pravima djeteta prepoznaje kao najpoželjnije za dijete⁴¹ te za nekolicinu osobnih prava. Budući da pristajemo uz roditeljstvo kao vrijednost koja nastaje rođenjem

³⁸ Prema čl. 5. Konvencije o pravima djeteta. Tvorcima Konvencije smatrali su kao roditelje biološke roditelje i posvojitelje.

³⁹ Premda holistički pristup pravima djeteta pretpostavlja jednaku važnost i međuvjetovanost svih djetetovih prava, sa psihološkog je aspekta, koliko i obiteljsko okružje, ljubav i skrb roditelja, jednako važna spoznaja o vlastitom podrijetlu i o predcima.

⁴⁰ Tako i Florescu; Sloth-Nielsen, *op. cit.* u bilj. 36, str. 256.

⁴¹ Iz Preambule Konvencije o pravima djeteta.

djeteta, držimo da je dijete zakinuto za pravo na skrb roditelja zbog duljeg ili kraćeg intervala od njegova rođenja do predaje.

3. PRESUDE EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U SLUČAJEVIMA SUROGATNOG MAJČINSTVA – NEUJEDNAČENI EUROPSKI ODGOVOR NA ETIČKE IZAZOVE

Prekogranično surogatno majčinstvo pojavilo se kao pravni problem pred Europskim sudom za ljudska prava, osobito u odnosu na doseg članka 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojim se jamči zaštita prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života⁴², te članka 7. Povelje temeljnih prava Europske unije (dalje u tekstu: Povelja) koja štiti istovrsna prava.⁴³ Pravna teorija upozorava da gledišta odnosno presude ESLJP-a prelaze granice ovlasti⁴⁴ u odnosu na domaća zakonodavstva koja surogatno majčinstvo (pa i prekogranično) zabranjuju, a zabrinjavajuće je što svaka odluka Suda protiv jedne države utječe i na nacionalno pravo drugih država. Države su pribjegle dvama sustavima onemogućavanja priznanja surogatnih aranžmana uz pomoć kojih naručitelji izbjegavaju primjenu domaćeg prava⁴⁵ koje zabranjuje takve aranžmane. Riječ je o mehanizmu putnih ograničenja i o mehanizmu nepriznanja pravnog roditeljstva.⁴⁶

⁴² Naizgled bi ova materija više pripadala pod opseg čl. 12. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, koji štiti pravo na sklapanje braka i osnivanje obitelji. No, to je ESLJP odbacio u slučaju *Di Lazzaro protiv Italije*, Zahtjev br. 31924/96, odluka 10. 7. 1997.

⁴³ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official Journal of the European Union 2007/C 303/01.

⁴⁴ Tako i Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 794 navode kako ne postoji nadležnost Suda u odnosu na nacionalna obiteljska prava, a Yetano, M. T., *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, Journal of Private International Law, vol. 6, br. 1, 2010., na str. 180 i 192 govori kako Sud Europske Unije i ESLJP stvaraju “nered” te kako su u domeni obiteljskog prava potrebne granice i oprezno promišljanje; <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17536235.2010.11424376> (24. svibnja 2020.).

⁴⁵ Riječ je o ozbiljnom pravnom problemu koji možemo usporediti s nedopuštenim trgovinskim aranžmanima (npr. *off-shore* kompanije koje služe pranju novca). Yetano, *ibid.*, str. 179 navodi: “allowing citizens to bypass domestic law by simply travelling abroad leads to the irreparable erosion of that country’s domestic prohibitions and often anticipates their reform”.

⁴⁶ O tome pobliže Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 785 i d.

Pri primjeni nacionalnih mehanizama obrane od učinaka surogatnog majčinstva po poimanju nekih naručitelja djeteta, a kasnijih podnositelja zahtjeva pred ESLJP-om bilo je riječi o navodnom kršenju njihova prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života. Posljednjih nekoliko godina slučajevi međunarodnog surogatnog majčinstva postali su velikim izazovom za ESLJP u smislu proširenja tumačenja ovog konvencijskog prava s obzirom na nov način stvaranja obitelji i novih odrednica privatnog života naručitelja i djeteta. Štoviše, Europski se sud upustio u svojevrsnu političku arenu te stvara jurisprudenciju koja je više smetnja negoli pomoć⁴⁷ u razrješenju klupka pravnih međuodnosa. U odnosu na surogatno majčinstvo i povredu čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te implicitno i čl. 7. Konvencije o pravima djeteta zanimljivi su slučajevi *Paradiso i Campanelli protiv Italije* te *Mennesson protiv Francuske* i *Labassee protiv Francuske*⁴⁸, o kojima u nastavku dajemo kratki osvrt.

Slučaj *Paradiso i Campanelli*⁴⁹ izazvao je mnogo akademskih analiza i rasprava⁵⁰ u vezi s pojedinim tvrdnjama proizašlim iz presude. Sažeto se može iskazati da je prijem bio u sljedećim elementima: dijete biološki nije potjecalo⁵¹ od naručitelja, surogatno majčinstvo je obavljeno u ruskoj klinici, naručitelji su doveli dijete u Italiju i zatražili upis djeteta u maticu rođenih. Talijanske vlasti ustanovile su da su naručitelji prekršili talijanske propise koji zabranjuju

⁴⁷ Tako Shúilleabháin, M. N., *Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 33, br. 1, 2019., str. 115.

⁴⁸ Sudski spojeni slučajevi *Foulon i Bouvet protiv Francuske* u potpunosti se oslanjaju na presudu *Mennesson* (tako izrijekom u par. 57 presude), pa ih zbog ograničenosti prostora detaljno ne analiziramo. Drugi su slučajevi: *D. and Others protiv Belgije* (no. 29176/13), *Laborie protiv Francuske*, presuda Odbora 19. 1. 2017.; *C and E protiv Francuske* (nos. 1462/18 i 17348/18); u tijeku su: *D. protiv Francuske* (no. 11288/18) i *Schlittner-Hay protiv Poljske* (nos. 56846/15 i 56849/15).

⁴⁹ ESLJP, GC (Veliko vijeće), Zahtjev br. 25358/1, presuda 24. 1. 2017. Veliko vijeće promijenilo je odluku Sudskog vijeća iz siječnja 2015.

⁵⁰ Npr. Iliadou, M., *Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v. Italy*, *Medical Law Review*, vol. 27, br. 1, 2018., str. 144 – 154; Mirocha, L., *Dark side of diversity, Actions undertaken in the system of the Council of Europe with regard to the issue of surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 528 – 558; Beaumont P.; Trimmings, K., *Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is There Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?*, University of Aberdeen, Working Paper No 2016/4, 2016.; https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf.

⁵¹ Prvotno je klinika izdala dokument o potjecanju djeteta od gospodina Campanelli-ja, no naknadno se nakon naloga talijanskoga suda utvrdilo da to nije tako.

heterolognu oplodnju i surogatno majčinstvo te međunarodno posvojenje, pa su naručiteljima oduzeli dijete i smjestili ga kao napušteno⁵² kod udomitelja s namjerom da bude posvojeno. Tijek postupka pred Sudom polučio je nevjerovatne razlike u poimanju dosega prava na poštovanje privatnog i obiteljskog života od strane Sudskog vijeća (Druge sekcije) i Velikog vijeća. U odnosu na pojam obiteljskog života u slučaju *Paradiso* Veliko je vijeće raspravljalo o nepostojanju biološke veze, kratkom trajanju zajednice⁵³ i poduzimanju nelegalnih postupaka.⁵⁴ Ovaj je slučaj pokazao kako postoje velike različitosti i debate unutar Suda u odnosu na pitanje krše li se surogatnim ugovorima ljudska prava. Jurisprudencija⁵⁵ s pravom ukazuje na potrebu moralnih prosudbi i uključivanja etike u srž problema pri donošenju sudskih odluka te se upozorava na postojanje zaokreta u odnosu na neke ranije presude.⁵⁶ Podmuklo probijanje ekonomski i vrijednosno liberalističkih ideja⁵⁷ uz relativiziranje etičnosti prisutno je donekle i u nekim ranijim presudama u kojima se otvaraju vrata prema novim tipovima "neuobičajenih obiteljskih odnosa" koji se ne temelje na neposrednoj biološkoj vezi, odnosno koji "nadograđuju ili zamjenjuju biološke obiteljske odnose".⁵⁸ U slučaju *Paradiso* vidljiv je sukob Suda u prvoj i posljednjoj instanci u odnosu na važnost etičkih standarda. Dok presuda prvog Vijeća (iz 2015.) donosi tvrdnju o tome da javni poredak ne može predstavljati *carte blanche* za postupanje, Veliko vijeće daje središnje mjesto javnome interesu, prepoznaje kompleksnost i osjetljivost pitanja odnosa naručitelja i djeteta koje potječe iz komercijalnog ugovora o surogatnom majčinstvu bez međusobne biološke veze. Štoviše, posljednja presuda ističe opravdan i zakonit cilj države da obeshrabri svoje državljane

⁵² Iz razloga što su mu bili nepoznati biološki majka i otac.

⁵³ Iliadou, *op. cit.* u bilj. 50, na str. 147 ispravno upozorava na nov pristup vrednovanju vremena trajanja zajednice, a po našem mišljenju zbog arbitrabilnosti odluke riječ je o opasnom presedanu odlučivanja od slučaja do slučaja.

⁵⁴ O tome Iliadou, *ibid.*, str. 146 i d.

⁵⁵ Primjerice Puppink, G., *Surrogacy, General interest can prevail upon the desire to become parents – about the Paradiso and Campanelli v. Italy Grand Chamber judgment of 24th January 2017*; <http://media.aclj.org/pdf/Surrogacy,-general-interet-can-prevail-upon-the-desire-to-become-parents,-Paradiso-and-Campanelli-v.-Italy-2017.pdf>.

⁵⁶ Tako u slučaju *S. H. protiv Austrije*, 1st Section, 1. 4. 2010., Zahtjev br. 57813/00, kad Sud navodi: "...zabrinutost utemeljena na moralnoj prosudbi ili na društvenoj prihvatljivosti sama po sebi nije dostatan razlog za potpunu zabranu posebnih tehnika umjetne oplodnje.", par. 74, 80 i 81.

⁵⁷ Slično tomu i Puppink, *op. cit.* u bilj. 55, str. 7.

⁵⁸ U spomenutom slučaju *S. H. protiv Austrije* Sud tek blago upozorava na potrebu uzimanja moralnih prosudbi države u obzir (par. 101).

na postupke u inozemstvu koji su zabranjeni na njezinu teritoriju, upravo radi dvojbene etičnosti (par. 203 presude).

Slučaj *Mennesson protiv Francuske*⁵⁹ transformirao je europsku sudsku praksu u sasvim novome smjeru te ohrabrio građane na međunarodna surogatstva stvarajući “neposredan i dramatičan učinak na nacionalno pravo”.⁶⁰ Zahtjev su pred Europskim sudom za ljudska prava podnijeli naručiteljski par i njihove blizanke rođene iz surogatnog ugovora u SAD-u, začete sjemenom naručitelja. Francuska im nije, pozivom na javni poredak, dopustila upis kao roditelja, što je za posljedicu imalo izostanak svih drugih civilnih prava djece u odnosu na naručitelje, njihovu pravnu neizvjesnost i posljedično navodno kršenje prava na identitet, koji je dio prava na poštovanje privatnog života, te prema presudi predstavlja kršenje najboljeg interesa djeteta prema čl. 3. Konvencije o pravima djeteta i čl. 24. Povelje. Sud je zaključio da je Francuska prekoračila marginu procjene i povrijedila djetetovo pravo na privatnost zaštićeno Konvencijom o pravima djeteta (čl. 16.) i Poveljom (čl. 7.).

Sud je podnositelje zahtjeva odbio u odnosu na povredu obiteljskog i privatnog života jer su francuske vlasti dopustile nastanjenje djece u Francuskoj, s tvrdnjom da su francuske vlasti postupale u okvirima dopustive margine procjene države i osjetljivih moralnih i etičkih pitanja (par. 77 – 80). Sud se suzdržao od propitivanja surogatnog ugovora i majčinstva uputivši na dopustivost države da donosi odluku na etičkim temeljima (par. 83) u skladu s vlastitom percepcijom problema (par. 62), odnosno uzimajući u obzir da država (konkretno Francuska) može “samo željeti” zadržati svoje državljane da ne idu u inozemstvo radi primjene metoda koje kod nje nisu dopuštene (par. 99). Vjerojatna je namjera Suda bila zaštititi djecu nastalu surogatnim majčinstvom, no to je učinio nedosljedno i ohrabrio s jedne strane trgovinu djecom, a s druge je strane neutralizirao nacionalna rješenja, istodobno propustivši državama koje potiču surogatna majčinstva (iz lukrativnih razloga) nametnuti obvezu paziti na ljudska prava. Sud je zaštitio djecu u odnosu na povredu njihova prava na poštovanje privatnog života, smatrajući da je Francuska u odnosu na djecu prekoračila dopuštene granice margine prosudbe. Smatrao je da genetska veza djece i naručitelja dostaje i da predstavlja *corpus* najboljeg interesa djece, a da naručiteljici treba priznati socijalno roditeljstvo osobito jer se ono priznaje kao pravni odnos u zemlji rođenja djece. Sud je, dakle, utvrdio da je identitet djece

⁵⁹ *Mennesson protiv Francuske*, Zahtjev br. 65192/11, presuda 26. 6. 2014.; *Labassee protiv Francuske*, Zahtjev br. 65941/11, presuda 26. 6. 2014.

⁶⁰ Fenton-Glynn, C., *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, *Journal of Private International Law*, vol. 13, br. 3, 2017., str. 555; <https://doi.org/10.1080/17441048.2017.1385901>.

ugrožen nepriznavanjem pravne veze djece s naručiteljicom bez obrazloženja zašto bi *lex patriae* trebao biti presudan. Po našem čvrstom uvjerenju Sud je izražavajući mišljenje “kad god je riječ o predmetima u vezi s djecom, njihovi interesi su najvažniji” (par. 81) iskoristio pojam najboljeg interesa djeteta kako bi omogućio roditeljstvo naručiteljskom paru. Čini se da je taj pojam usmjerio prema potencijalnim roditeljima, a ne prema djetetu samome, zanemarujući psihološki aspekt najboljeg interesa djeteta koji podrazumijeva kako trenutačnu i kontinuiranu potrebu djeteta za blizinom majke koja ga rodi, tako i pravo na saznanje podrijetla. Poslužio se makijavelističkom krilaticom o cilju i sredstvu, iza koje se nerijetko kriju nemoralni interesi.

Slučaj *D protiv Belgije*⁶¹ odnosio se na inzistiranje belgijskih vlasti na dokazu o biološkom očinstvu kao preduvjetu za prihvatanje djeteta u Belgiji, čega je posljedica bila tromjesečna odvojenost djeteta od naručitelja. Ni u ovome slučaju Sud nije našao povredu čl. 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i smatrao je da su belgijske vlasti postupale u okvirima margine procjene.

Za razliku od navedenog belgijskog i francuskog slučaja u kojima je konačni cilj predlagatelja bilo proširenje roditeljskog prava i na naručiteljicu, predmete *Foulon i Bouvet protiv Francuske*⁶² karakterizirao je zahtjev za priznanjem jedno-roditeljske skrbi od strane naručitelja muškarca kojemu je surogatna majka⁶³ u Indiji rodila dijete (odnosno blizance u predmetu *Bouvet*). Ove presude slijede nit slučaja *Mennesson* i zahtijevaju od nacionalne države upis roditeljstva, tj. očinstva jednog naručitelja. Na temelju ovih presuda postaje sasvim jasno da ESLJP nema problema s proširenjem učinaka surogatnog majčinstva i na samo jednog naručitelja, a ne par.⁶⁴ No, još je jedna zanimljiva pojedinost ovih slučajeva. Naime, u predmetu *Foulon* podnositelj prijedloga bio je homoseksualac u registriranoj zajednici. Time je i posljednji *coup de gras* zadan tradicionalnoj obitelji jer sada, pozivom na predmet *Foulon*, homoseksualci mogu uz pomoć surogatnog majčinstva postajati jedini roditelj djeteta. S obzirom na bol(es)ne tendencije transformacije obitelji u “sve i svašta”, zvona na uzbunu zvone posljednjim zvonom. Zanimljivo je istaknuti kako svi naručitelji djeteta, bez obzira na spol, pribjegavaju surogatnom majčinstvu kako bi zasnovali tradicionalnu

⁶¹ *D protiv Belgije*, Zahtjev br. 29176/13, presuda 8. 7. 2016.

⁶² *Foulon i Bouvet protiv Francuske*, Zahtjevi br. 9063/14 i 10410/14, presuda 21. 7. 2016.

⁶³ Koja je bila ne samo gestacijska nego i genetska majka.

⁶⁴ Shúilleabháin, *op. cit.* u bilj. 47, str. 107. upozorava na stav engleskog parlamenta kojim je surogatno majčinstvo usmjereno na postizanje roditeljstva para (a ne pojedinca) s obrazloženjem da par može bolje nego pojedinac obavljati roditeljstvo.

obitelj (što im nije pošlo za rukom prirodnom prokreacijom) istodobno slamajući tradicionalna obilježja obiteljske zajednice.⁶⁵

Valja sumirati razorne učinke novijih presuda Suda. Slučajevi pred Europskim sudom za ljudska prava o kojima je riječ pokrenuli su lavinu kritika ili odobravanja, ovisno o polazištima. Tako je presuda u slučaju *Paradiso* nametnula razmišljanje o tzv. zakonitim obiteljima i onima nezakonitim⁶⁶, koje nastaju zaobilaženjem pravnog poretka vlastite zemlje. Mišljenja smo da stvaranje obitelji na fraudulozan način, kršenjem propisa vlastite zemlje doista jest zaobilaženje javnog poretka i da sliči obitelji koja bi nastala otmicom djeteta.⁶⁷ Kad je surogatno majčinstvo dopušteno u jednoj državi, a zabranjeno u drugoj, jedina opcija njegova priznanja jest preseljenje u tu državu i stvaranje obitelji u skladu s propisima te države. No, naručitelji zapravo ne žele živjeti izvan svoje domovine i žele eksteritorijalnu primjenu stranih propisa, što je protivno javnome poretku. Ne samo da je riječ o zaobilaženju propisa vlastite države, već je riječ o stvaranju obitelji mimo njezina poimanja kao "prirodne i temeljne društvene jedinice, utemeljene ponajprije na braku između muškarca i žene".⁶⁸ Zaobilaznim putem ili opasnim prečacem dolazi se do cilja u kojem nije povrijeđeno pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života naručitelja, već pravo djeteta na privatnost, na čijim se suspektim temeljima gradi nova obitelj, neprirodnih odnosa.

Drugo što držimo štetnim jest diskriminacija djece ovisno o tome jesu li ili nisu biološki povezana s naručiteljima (barem jednim) i zanemarivanje principa supsidijarnosti putem priznanja ravnoteže prava od strane nacionalnih sudova.⁶⁹ Neki autori upozoravaju na diskriminaciju djece rođene iz međunarodnog surogatnog majčinstva uspoređujući ih s nekadašnjom pravnom situacijom

⁶⁵ Tako Elias, S.; Annas, G., *Social Policy Considerations in Noncoital Reproduction*, cit. prema Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 94.

⁶⁶ Iliadou, *op. cit.* u bilj. 50, str. 150. U stvari riječ je o novim tipovima obitelji. Neki autori kao Storrow, *op. cit.* u bilj. 3, str. 593 upozoravaju na to da se u mnogim zemljama koje su sumnjičave u odnosu na surogatstvo takvim oblikom alternativne nelegalne oplodnje stvaraju nezakoniti oblici obitelji.

⁶⁷ Suprotno tomu Iliadou, *op. cit.* u bilj. 50, str. 150.

⁶⁸ Zajedničko izdvojeno mišljenje sudaca De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek i Dedov u slučaju *Paradiso*; usporedi Iliadou, *op. cit.* u bilj. 50, str. 151. Ovo je osobito aktualno u odnosu na presudu *Bouvet protiv Francuske*.

⁶⁹ Shúilleabháin, *op. cit.* u bilj. 47, str. 115 upozorava na raniji koncept Suda u presudama u kojima je u vezi s afilijacijom djece zauzeo puno širu marginu procjene država u prosudbi "točnih sadržaja moralnih zahtjeva u pojedinoj državi".

izvanbračne djece.⁷⁰ Složili bismo se s navodom da je Sud svojim “prepadom u područje međunarodnog komercijalnog surogatstva ostavio nacionalna prava u neredu”.⁷¹ Riječ je o kiselim plodovima namijenjenim nacionalnim sustavima jer je riječ o površnom i djelomičnom, a ne cjelovitom pristupu ljudskim pravima, o nekonzistentnom i dvosmislenom izričaju nadmoći Suda, o nejasnom značenju namjeravanog i genetskog majčinstva.⁷² No, *Mennesson* je nacionalne sustave obvezao da, ako postoji genetska veza između djeteta i naručitelja, bez obzira na to je li riječ o međunarodnom ili nacionalnom surogatstvu, premda nacionalnim propisom zabranjeno, legaliziraju pravnu vezu.

Gledište Suda o povredi djetetova prava na privatnost Sud proteže i na novije slučajeve i predstavlja nevjerojatan utjecaj Suda u Strasbourgu na nacionalna zakonodavstva u dijelu obiteljskoga prava.⁷³ Sud daje prednost djetetovu podrijetlu od jednog od naručitelja u odnosu na javni poredak (*mater semper certa est*) te tako ozakonjuje ne samo surogatna majčinstva (s biološkom vezom), već i trgovinu djecom. Dakako, dijete će zbog ovakvoga pristupa ostati zakinuto za konvencijsko pravo na identitet (čl. 7.), odnosno na informaciju o svojoj genetskoj majci (surogatnoj ili donorici jajne stanice).⁷⁴ Može se zaključiti da je argumentacija Suda neutemeljena i da se povodi za različitim liberalističkim lobijima⁷⁵ koji žele razoriti tradicionalno poimanje obitelji te da predstavlja “nijekanje slobode i ovlasti svake države članice da odabere nepriznavanje surogatnih aranžmana i da ih smatra nemoralnim i nezakonitim”.⁷⁶ U akademskim raspravama govori se

⁷⁰ Tako Storow, *op. cit.* u bilj. 3, str. 609. navodi kako je riječ o “‘novoj nezakonitosti’ koja je jednostavno stara nezakonitost u novome ruhu”, misleći na nejednak i diskriminatoran položaj izvanbračne djece.

⁷¹ Shúilleabháin, *op. cit.* u bilj. 47, str. 116.

⁷² Shúilleabháin, *ibid.*

⁷³ Slično i Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 793 dvoje o ovlasti Suda.

⁷⁴ U međunarodnim surogatnim aranžmanima ovo je pravo djeteta to teže ostvarivo. Zbog toga nizozemski propisi dopuštaju ugovore o surogatnome majčinstvu, po odobrenju posebnog vladina tijela, samo ako postoji genetska povezanost između djeteta i barem jednog roditelja, a dijete će imati pravo uvida u pohranjene podatke o svojem biološkom podrijetlu kad sud ustanovi da je dijete dovoljno zrelo; usporedi Florescu; Sloth-Nielsen, *op. cit.* u bilj. 36, str. 255.

⁷⁵ Beaumont, P.; Trimmings, K., cit. prema Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 793. navode “*The ECtHR jurisprudence will thus become a vehicle of the pro-surrogacy lobby groups that have commercial interest in the area of surrogacy in the receiving countries*”.

⁷⁶ Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 793.

o "stražnjem izlazu"⁷⁷ jer se stvaraju dvostruki standardi u odnosu na surogatno majčinstvo: dopustivo je da država na svojem teritoriju zabranjuje surogatstvo, no kad je riječ o onome s inozemnim elementom, u obvezi je priznati ga i upisati podatke u matice rođenih, a na temelju navodnog kršenja djetetova prava na poštovanje privatnosti i obiteljskog života.⁷⁸ Ako postoji biološka veza između naručenog djeteta i para, na temelju slučajeva *Mennesson* i *Labassee* i *argumento a contrario* slučaju *Paradiso* (u kojemu nije bilo biološke veze između djeteta i naručitelja), država će morati dopustiti upis naručiteljskog para kao roditelja u maticu rođenih djeteta. U budućnosti nisu isključeni postupci pred Sudom i u slučajevima nacionalnih surogatnih majčinstava ostvarenih prijevarno.

Zaključujemo kako je Sud nedosljedan u mnogim svojim promišljanjima i zaključcima⁷⁹ uspoređujući li se predmeti *Paradiso* s onima koji su slijedili. *Paradiso* izriekom upućuje na opasnost od trgovine djecom (u par. 202), dok *Mennesson* tome ne pridaje veće značenje. Postojanje obiteljskoga života i njegove eventualne povrede prosuđivano je kroz postojanje biološke povezanosti naručitelja s djetetom (*Mennesson*) odnosno njezinu izostanku (*Paradiso*). Nedosljednost se iščitava i u tome što obiteljski život ne postoji ako nema biološke povezanosti, no usprkos tomu, kao svojevrsnu zamjenu Sud nameće obvezu prepoznavanja tzv. socijalnog roditeljstva jednakovrijednog biološkom roditeljstvu, iako takav stav nije zauzimao u nekim ranijim presudama.^{80,81} Nadalje, najbolji interes djeteta ne prepoznaje se kao ključno načelo u slučaju *Paradiso* (zbog nepostojanja biološke veze), dok je ono okosnica na kojoj Sud gradi povredu prava na privatni život djeteta u slučaju *Mennesson*. Dakle, riječ je o popriličnim oscilacijama i kolebanju u prepoznavanju sadržaja pojma 'najbolji interes djeteta', što i nije novost u odlukama Suda u Strasbourgu⁸², no zabrinjavajuća je lakoća kojom Sud zaokreće u vrijednosnim prosudbama.

⁷⁷ Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *ibid.*

⁷⁸ Iliadou, *op. cit.* u bilj. 50, str. 153.

⁷⁹ Shúilleabháin, *op. cit.* u bilj. 47, str. 108 zamjera Sudu nepromišljanje o inozemnim certifikatima, plaćanju, prethodnome pristanku na surogatno majčinstvo, posvojenju i sl.

⁸⁰ Na primjer, u slučaju *X, Y i Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1997.) u slučaju transseksualnih osoba.

⁸¹ O drugim nedosljednostima Suda u odnosu na ranije presude i obiteljski život vidi поближе Shúilleabháin, *op. cit.* u bilj. 47, str. 109.

⁸² Usporedi Shúilleabháin, *ibid.*

4. VIJEĆE EUROPE I EUROPSKA UNIJA – STANJE PROPISA

Vijeće Europe kao politička organizacija pokazalo je čvrst stav u odnosu na zaštitu ljudskih prava i ljudskog dostojanstva u relaciji s biologijom i medicinom, donijevši Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini.⁸³ U odnosu na surogatno majčinstvo važno je istaknuti kako ona, ne samo u svojem nazivu, već i kroz niz odredaba apostrofira ljudsko dostojanstvo te ljudskom biću daje primat u odnosu na interes društva i znanosti (čl. 2.). Nadalje, zabranjuje komercijalnu uporabu ljudskog tijela, što znači da implicira zabranu surogatnog majčinstva.⁸⁴

Europski *demos* obilježen je slobodom kretanja kao temeljnom odrednicom svih pravnih akata Europske unije, pa su i posljedice toga novi roditeljski odnosi. Europska unija predana je zaštiti temeljnih prava i jačanju položaja europskih građana⁸⁵, međutim ona nema ingerencija u odnosu na obiteljsko pravo. Djelovanje Europske unije ograničeno je odredbama Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, pa se pitanja obiteljskog prava ne odnose na njezine unutarnje i vanjsko djelovanje. Unija je posvećena borbi protiv svih oblika iskorištavanja ljudskih bića, osobito ropstva i trgovine ljudima, a temelji se na načelima demokracije, vladavine prava, zaštite ljudskih prava i ljudskog dostojanstva.

Europski parlament kroz različite se aktivnosti (studije, godišnja izvješća i rezolucije) bavio seksualnim i reproduktivnim zdravljem žena kao temeljnim ljudskim pravima, rodnom jednakosti i samoodređenjem te nasiljem nad ženama. U godišnjim izvješćima upozorava se na kršenje Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini, zatim na kršenje prava djece (osobito prava na saznanje podrijetla i odgoj od strane roditelja), opasnost od pretvaranja djece u robu. Postojala su određena nastojanja da se surogatstvo osudi i privuče pažnja na opasnost iskorištavanja žena iz manje razvijenih zemalja.⁸⁶ O zaštiti djece kod prekograničnih surogatnih majčinstava raspravljao je i Odbor za društvena pitanja, zdravlje i održivi razvoj Parlamentarne skupštine Vijeća Europe (*Committee*

⁸³ Puni naziv konvencije jest Konvencija za zaštitu ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u odnosu na primjenu biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini; donesena je 1997. u Oviedu; <https://rm.coe.int/168007cf98>.

⁸⁴ Rusija i Ukrajina koje dopuštaju surogatna majčinstva nisu ratificirale ovu Konvenciju.

⁸⁵ To je vidljivo iz mnoštva akcija i programa, primjerice, iz tzv. *Hague Programme 2005* i *Stockholm Programme 2009 (An Open and Secure Europe Serving and Protecting the Citizen)*, u kojem se zahtijeva i zaštita prava djece (u par. 2.3.2.); usporedi Sokolowski, *op. cit.* u bilj. 7, str. 594.

⁸⁶ O pojedinostima vidi pobliže Sokolowski, *op. cit.* u bilj. 7, str. 600.

on Social Affairs, Health and Sustainable Development of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, PACE) te su izrađena dva izvješća o predloženom nacrtu rezolucije *Human rights and ethical issues related to surrogacy*, koja su nacrt odbila s obrazloženjem da je riječ o zaštiti djece rođene putem surogatih aranžmana (osobito onih komercijalnih), ali ne i o drugim problemima, nažalost bez izričite osude prakse surogatnog majčinstva.⁸⁷ Spomenuti Odbor sumira kako surogatno majčinstvo nije samo pitanje reproduktivnih tehnologija te sugerira Odboru ministara promišljanje o poželjnosti i izvedivosti ovakvih ugovora te jaču suradnju kroz Hašku konferenciju o međunarodnome privatnom pravu.

U Europskoj uniji ne postoji propis koji bi uređivao surogatno majčinstvo te mnoga s time povezana pitanja, no dojam je da postoji određeni *limb* u traženju odgovora.⁸⁸ Trenutačno zakonodavno stanje u Europskoj uniji još je pravno prazno, no s obzirom na sve prepoznatljivije korake u navodnoj zaštiti djece i njihovih prava, a ne u izričitoj zabrani surogatnog majčinstva kao najgoreg oblika izrabljivanja žena, kao sredstva za trgovinu djecom i zbunjujući omnibus, izvjesno je da će s vremenom doći do njegove legalizacije i liberalizacije.⁸⁹ Nažalost, bit će to još jedan pokazatelj da se Europska unija bez legitimiteta involvira u nacionalne pravne sustave vjerojatno s idejom promjene ideološke matrice europskog prostora.

Postavlja se pitanje ima li Europska unija nadležnost urediti surogatno majčinstvo. Temeljni pravni akti Europske unije govore o jednakosti, ljudskom dostojanstvu i zaštiti dječjih prava, promiču jednakost žene i muškaraca, najbolji interes djece te pravo djeteta da ima osobne odnose s oboje roditelja.⁹⁰

⁸⁷ Usporedi Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 797. Usporedi nacrt rezolucije i izvješće na: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-X-ML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>.

⁸⁸ Spominjemo i Hašku konferenciju za međunarodno privatno pravo koja je započela s projektom o roditeljstvu i surogatnom majčinstvu. O tome pobliže: www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (22. svibnja 2020.).

⁸⁹ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 77 tvrdi kako kontinentalni pravni sustavi njeguju odnos prema tijelu kroz ljudski integritet i ljudsko dostojanstvo, pa bi se europsko zagovaranje surogatih ugovora moglo temeljiti jedino na pravu na privatnost i slobodu ugovaranja, što govori o utjecaju kvazilibertarijanskog i kvaziutilitarističkog razumijevanja surogatnog majčinstva.

⁹⁰ Ugovor o Europskoj uniji, Ugovor o funkcioniranju Europske unije, Povelja o temeljnim pravima Europske unije. O tome u odnosu na obiteljsko pravo vidi pobliže Majstorović, I., *Obiteljsko pravo kao različitost u jedinstvu: Europska unija i Hrvatska*, str. 1 – 24; Korać Graovac, A., *Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo*, str. 25 – 51; Hrabar D., *Prava djece u Europskoj uniji – pravni okvir*, str. 53 – 71, sve u: Hrabar, D. (ur.), *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2013.

S obzirom na navedeno, moglo bi se zaključiti da postoji indirektna obveza Europske unije da se angažira s obzirom na spomenute vrijednosti. No, s druge strane, ovo pitanje pripada obiteljskome pravu i civilnom statusu, koji u svojem supstancijalnom smislu nisu u nadležnosti Europske unije. Iz ove *pat pozicije* primjenom načela legaliteta odgovor bi mogao proizaći na način da se u budućnosti surogatno majčinstvo na tlu Europske unije uredi *soft law* pristupom⁹¹, tj. putem preporuka (*recommendations*), jer ovlast da izrijekom zabrani ili odobri surogatne aranžmane ne postoji. No, i preporuke moraju biti konzistentne, dosljedne i odražavati europske vrijednosti.⁹² Uvjereni smo da bi na takvom putu pobrojane europske vrijednosti – osobito zaštite ljudskog dostojanstva, prava djece i vladavine prava – trebale biti smjerokaz za neprihvatanje surogatnog majčinstva.

5. ISKORIŠTAVANJE ŽENE I AUTONOMIJA VOLJE

Surogatno majčinstvo u velikoj se većini slučajeva pojavljuje kao komercijalno po načelu *do ut des*. Određuje ga nekoliko elemenata od kojih je krucijalan njegov ugovorni karakter, odnosno slobodan pristanak žene surogatne majke. Na autonomiji volje surogatne majke gradi se cijelo njegovo opravdanje⁹³, pa naizgled ne bi trebalo biti iskorištavanja žene ako je slobodno pristala na takav ugovorni pravni odnos. Međutim, kao ni u jednomu drugom pravnom poslu sloboda volje⁹⁴ jedne ugovorne strane nije toliko prijeporna kao kod ugovora o surogatnome majčinstvu. Razloge valja tražiti u specifičnosti usluge (“iznajmljivanje maternice”) i njezina krajnjeg učinka (predaja djeteta), odnosno činjenice da se ugovorna usluga odnosi na privremen ustup vlastitih reproduktivnih funkcija za tuđu namjenu odnosno korist. Ovaj ugovor balansira na granici etičnoga i neetičnoga, na razmeđu je dopuštenog i zabranjenog, egoizma i altruizma. Je li riječ o iskorištavanju žene surogatne majke, odgovor valja potražiti u ravnoteži privatnih interesa i javnog poretka kao dijela nacionalnog sustava koji njeguje i štiti određene vrijednosti.

⁹¹ Sokolowski, *op. cit.* u bilj. 7, str. 602.

⁹² Sokolowski, *ibid.*, str. 603 zalaže se za to da Europska unija izrijekom isključi homoseksualne parove i samce iz mogućnosti surogatnog majčinstva pozivom na spomenute europske dokumente koji jasno prepoznaju pravo djeteta na roditelje.

⁹³ Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 66 navodi kako bi samo u slučaju prinudnog surogatnog majčinstva bila riječ o nedopustivom ugovoru i postupku.

⁹⁴ Mišljenja o slobodi volje razilaze se između tzv. indeterminista, koji smatraju da je ljudska volja slobodna, pa da stoga čovjek može slobodno odlučivati, a na drugoj su strani deterministi, koji smatraju suprotno; usporedi Gavella, N., *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2019., str. 15.

U većini pravnih sustava komercijalizacija ljudskog tijela je zabranjena jer se ljudsko tijelo smatra *res extra commercium* i njegova zaštita potpada pod osobna prava. Različiti su filozofski pristupi razumijevanju ljudskoga tijela u okvirima pitanja vlasništva i slobode volje u odnosu na njegovo iskorištavanje. Aristotelovsko-tomistički pristup nijeće vlasništvo osobe nad tijelom pozivom na tvrdnju da su osobe racionalna i tjelesna bića, pa tijelo i um predstavljaju oblike njihove egzistencije, jer ljudsko biće egzistira u tijelu.⁹⁵ Kantovski pristup ljudskom biću temelji se na njegovu dostojanstvu koje pripada svakomu racionalnom i time slobodnom biću koje svoju volju podvrgava univerzalnom moralnom zakonu, pa "sve ima ili cijenu ili dostojanstvo".⁹⁶ Dostojanstvo Kant opisuje kao intrinzičnu, apsolutnu, neusporedivu vrijednost i stoga nezamjenjivu. Nadalje, s dostojanstvom povezuje humanost koja je kategorički imperativ i ne smije biti cilj, već krajnji smisao, a ljudsko tijelo povezano je s osobnošću i preduvjet bivanja osobom, pa ga se ne može instrumentalizirati, pa time ni prodavati.⁹⁷ Suprotno ovim pristupima utilitaristički⁹⁸ i moderni liberalistički pristup sve podlažu postizanju koristi i funkcionalnosti koja dovodi do "principa najveće sreće"⁹⁹, samoispunjivosti i teze o životu vrijednom ili nevrijednom življenja. Stoga po utilitarističkoj etičkoj doktrini i tijelo jest u vlasništvu osobe koja može transferirati prava iskorištavanja tog tijela s ciljem postizanja vlastitih preferencija i maksimalne društvene dobrobiti. Moderni liberalizam opravdava princip osobnog vlasništva nad svime, pa i vlastitim tijelom kojega (kao i njegove dijelove) može koristiti kako želi tako dugo dok ne krši slobodu i integritet drugih osoba. Slobodno tržište jest u skladu s time najbolji regulator distribucije dobara, pa tako i ljudskog biološkog materijala.¹⁰⁰ Fenomenološki pristup pojmu tijela i vlasništva nad njime ogleda se u propitivanju kako djelujemo kroz naše tijelo koje predstavlja integralni dio jastva, pa je nemoguće primijeniti pojam vlasništva u opisivanju odnosa prema tijelu, pa i surogatnog majčinstva, jer jedino što funkcionalni pristup dopušta jest jezik solidarnosti i darivanja.¹⁰¹

Stav feministica o pitanju surogatnog majčinstva je podvojen: neke ga vide kao iskorištavanje žena, a druge kao oblik osnaženja i ekspresije ženina oslobo-

⁹⁵ Usporedi Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 72.

⁹⁶ Kant, I., *Groundwork for the Metaphysics of Morals*, cit. prema Soniewicka, *ibid.*

⁹⁷ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 73.

⁹⁸ Predstavnicima su mu, među inim, Jeremy Bentham, Henry Sidgwick i John Stuart Mill.

⁹⁹ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 74.

¹⁰⁰ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 76.

¹⁰¹ Soniewicka, *ibid.*

đenja.¹⁰² Takvo nejedinstvo ideja govori o unutarnjoj feminističkoj disharmoniji u odnosu na vrijednost žene kao ljudskog bića pod utjecajem liberalističkih svjetonazora.

Autonomija volje predstavlja individualnu slobodu izbora, pa “[p]ostulat pravnog uređenja koje se temelji na individualizmu i liberalizmu je sloboda pojedinaca, iz koje proizlazi uređenje prema načelu privatne autonomije...”¹⁰³ Područje slobode voljnog odlučivanja poistovjećuje se s područjem “opredjeljivanja za djelovanje u skladu s moralnim i pravnim pravilima, ili protiv njih...”^{104,105} Sloboda nije mogućnost samovoljnog djelovanja, nego je to sloboda koja slijedi zakone razuma i moralne zakone, koje se može razumski spoznati i prema tome postupati.¹⁰⁶ Budući da su ugovori o surogatnom majčinstvu po svojoj naravi privatnopravni, njihovo uređenje odnosno dopustivost voljnog djelovanja moguće je “jedino unutar onoga što je faktično moguće i što je po pravu i društvenom moralu dopušteno, odnosno – onoga što nije nedopušteno”.¹⁰⁷ Teoretičari privatnoga prava naglašavaju postojanje pravnih granica glede slobode raspolaganja svojom osobom i onim što privatnopravnom subjektu pripada, a te su granice ukotvljene u striktnim normama privatnog prava.¹⁰⁸ Dakle, autonomija volje u pravu je uvijek ograničena mjerom u kolikoj joj pravni propisi dopuštaju postojanje, što znači da nije izvan sustava jer bi u protivnome bila riječ o anarhiji i anomiji. Dakle, autonomija volje integralni je dio pravnog sustava. Reproduktivna autonomija bila bi joj podvrsta. Međutim, reproduktivna autonomija koja se očituje u slobodi odluke o prokreaciji nije individualni i samoostvarujući čin jer utječe na živote drugih, osobito djeteta, pa je stoga podložna ograničenjima. Reproduktivnu autonomiju ne smije se shvaćati kao puku, egoističnu želju jer je riječ o prijenosu života koji mora biti povezan s odgovornošću roditelja za taj život na način kako to čini Konvencija o pravima djeteta.¹⁰⁹ Roditelji koji nisu odgovorni za svoje dijete niječu bit roditeljstva i umanjuju odnos roditelj – dije-

¹⁰² Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 85.

¹⁰³ Gavella, *op. cit.* u bilj. 94, str. 15.

¹⁰⁴ Gavella, *op. cit.* u bilj. 94, str. 16.

¹⁰⁵ Tako Immanuel Kant čovjeka doživljava s jedne strane kao dio prirode i biće podložno prirodnim zakonima, a s druge je i razumsko biće koje se može i mora orijentirati prema moralnim načelima.

¹⁰⁶ Gavella, *op. cit.* u bilj. 94, str. 16.

¹⁰⁷ Gavella, *op. cit.* u bilj. 94, str. 17.

¹⁰⁸ Usporedi Gavella, *op. cit.* u bilj. 94, str. 18.

¹⁰⁹ Čl. 5. i 18. Konvencije o pravima djeteta.

te¹¹⁰, pa kad vlastito dijete predaju drugome, znači da su komercijalne interese nadredili roditeljstvu.

Budući da zagovaratelj surogatnog majčinstva reproduktivna prava žene crpe iz slobode njezine volje, valja razmotriti u kolikoj je mjeri pojedinčeva autonomija volje neograničena. Činjenica jest da čovjek raspolaže svojim tijelom slobodno¹¹¹, no do neke granice. Autonomna volja čovjeka nije neograničena, ona je štoviše natkriljena dvama okvirima: voljom, slobodom i pravima drugih osoba¹¹² te univerzalnom vrijednošću ljudskoga dostojanstva. Ograničenost pojedinčeve autonomije volje vidljiva je u većini pravnih sustava koji ljudski život smatraju temeljnim počelom svih drugih prava: samoubojstvo se ne osnažuje, već ga se nastoji onemogućiti, a nagovaratelja na suicid penalizirati; u mnogim zemljama eutanazija nije dopuštena bez obzira na autonomnu volju čovjeka da svoj život prekine na taj način. Slobodno raspolaganje tijelom nije neograničeno, pa tako prostitucija nije dozvoljena u mnogim zemljama jer se smatra da je riječ o prodaji tijela žene (i seksualnih usluga). Prodaja organa i dijelova tijela i njihovo dobrovoljno darivanje po cijenu života darivatelja u mnogim je sustavima zabranjena. U svim navedenim slučajevima pristanak odnosno sloboda volje nisu relevantni, raspolaganje vlastitim tijelom ne potpada pod ljudska prava. Ljudski život i zdravlje – shvaćeno u tjelesnoj i duševnoj dimenziji, temeljna su dobra pojedinca i zaštićeni su sustavom ljudskih prava u svim međunarodnim dokumentima. Te vrijednosti imaju zajedničko izvorište u ljudskom dostojanstvu koje kuca kao srce u suštini života, od njegova početka do kraja. Ljudsko je dostojanstvo neotuđivo i nije podložno odricanju, prihvatanju, kupnji, prodaji, poklanjanju, prenamjeni, utišavanju, smanjenju, nestanku. Pristanak na pravni posao kao posljedica autonomije volje ne može derogirati ljudsko dostojanstvo kako bi se opravdao neki čin.

Slijedom toga, hoće li ili neće i kako će surogatna majka koja je autonomno i svjesno pristala roditi i predati dijete drugome biti kompenzirana – nije važno,

¹¹⁰ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 81.

¹¹¹ Tako dobrovoljno može darovati krv ili neki od organa, može se tetovirati, poduzimati kozmetičke i slične zahvate, no kod estetskih (kirurških) zahvata liječnika obvezuje *non laedere*.

¹¹² U obiteljskome pravu koje je sazdano uglavnom na striktnim normama sloboda izbora dopuštena je samo u ponekim institutima (npr. kod izbora prezimena bračnih drugova, sklapanja bračnog ugovora) koji ne utječu na javni poredak ili ne predstavljaju opasnost za urušavanje sustava. U obveznim odnosima privatna je autonomija zaštićena radi protupravnog zadiranja u prava drugih, no njih se ne može uređivati suprotno, među inim, prisilnim propisima i moralu društva (tako hrvatski Zakon o obveznim odnosima).

već je pitanje bi li njezina slobodna volja za takav posao postojala kad joj naknada ne bi bila potrebna, odnosno kad bi bila svjesna da takvim postupkom ugrožava svoje ljudsko dostojanstvo i krši različita prava djeteta koje će predati. Čak i kad joj njezino vlastito dostojanstvo ne bi predstavljalo vrijednost, ono postoji mimo nje, ali za nju, pa ga pristankom na ugovorni aranžman ne može obeskrijepti. Osim toga, dostojanstvo koje čovjek posjeduje je cjelovito i njegovo ugrožavanje ili nijekanje u jednom segmentu ima učinak *pars pro toto*.

U vezi s iskorištavanjem žene u javnom je prostoru manje prisutno razmatranje o problemima i rizicima za tjelesno i duševno zdravlje¹¹³ žene nakon predaje djeteta, vjerojatno iz razloga što su surogatne majke na periferiji interesa naručitelja i liberalističke ideologije.

Ako se žena upušta u ovaj aranžman kako bi preživjela, onda je riječ o novom obliku ropstva i iskorištavanja "niže klase" od strane "više klase" koja to može platiti¹¹⁴, odnosno o sve dubljem jazu između siromašnih i bogatijih zemalja.¹¹⁵ Postoje autori¹¹⁶ pa opravdavaju surogatne ugovore (osim ako su oni sastavljeni pod pritiskom i bez slobodne volje, koji bi bili ništavni) pod izlikom da takvi ugovori predstavljaju oslobođenje žene od paternalizma, omogućuju ženama ekonomske probitke i pravo na rad. Ti zagovornici ne propituju dvojstvo: dobro/ ispravno i zlo/neispravno, već surogatno majčinstvo i ugovore zagovaraju beskompromisno, dok upitnik postavljaju samo u odnosu na valjanost pretpostavki sklapanja ugovora i odnos koristi i štete za ženu.¹¹⁷ Njihov kriterij dopustivosti surogatnih aranžmana u svijetu nejednakosti u bogatstvu ovisi o odnosu između eksploatacije i koristi, pa ako je novčana korist veća, eksploatacije nema.¹¹⁸

U analizi ovog dijela problema valja se osvrnuti i na pitanje postoji li eksploatacija žene u slučaju nekomercijalnoga surogatnog majčinstva uz ženin

¹¹³ Riječ je hormonskim invazijama (radi prestanka laktacije), mogućoj daljnjoj neplodnosti zbog komplikacija pri porođaju, onkološkim problemima kao posljedici pomognute oplodnje, a duševni problemi mogli bi biti rezultat osjećaja krivnje prema djetetu koje je predala, prema mužu / izvanbračnom drugu, vlastitoj djeci, društveno ukorijenjenim shvaćanjima o odnosu majke i djeteta, religijskim stavovima i sl. Wedel-Domaradzka, *op. cit.* u bilj. 24, upozorava na neemocionalni odnos trudne surogatne majke s djetetom u trudnoći, što mora utjecati na intrauterini i kasniji razvoj djeteta.

¹¹⁴ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 85

¹¹⁵ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 86.

¹¹⁶ Soniewicka, *ibid.*, citira autore kao što su C. Fabre, B. Steinbock, C. B. Cohen i L. Purdy.

¹¹⁷ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 87.

¹¹⁸ Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 65.

pristanak. Iako je u praksi velika većina takvih ugovora naplatna, mišljenja smo da eksploatacija žene ne mora nužno biti povezana s novcem odnosno nekim oblikom kompenzacije. Iskorištavanje postoji uvijek kad se tuđi ovisan položaj koristi za postizanje vlastitih probitaka. Ovisnost rađa iskorištavanje. Ako su surogatna majka i naručiteljica u takvom odnosu da "zajednički posao ne može uspjeti bez njih obje", onda je, štoviše, riječ i o međuovisnosti. Surogatna majka je eksploatirana čim raspolaže svojim tijelom za tuđu korist, a naručiteljica dolazi u položaj ovisnosti i svojevrzne zahvalnosti prema njoj i njezinu pristanku, pa je tako i ona u nekome smislu u neslobodnom položaju. Odlika je surogatnog majčinstva odnos istodobne i uzajamne podređenosti i nadređenosti s predominacijom moralno neprihvatljivog položaja žene surogatne majke.

U okviru tzv. altruističkog surogatnog majčinstva, u kojemu je surogatna majka ujedno i majka ili sestra naručiteljice, ona bi rođenjem djeteta u isti čas bila baka i majka odnosno teta i majka djetetu. Htijući opravdati cilj (surogatno majčinstvo i dijete), ne birajući sredstva (srodstvo ili prijateljstvo) želi se ugraditi navodna humana, altruistička crta tome činu, međutim, dostojanstvo žene i djeteta nije mjerljivo ni sa čime. Upravo suprotno, čini se da smo pomračena uma dotakli samo dno ljudskih odnosa koji se uobičajeno grade na srodstvu, emocijama i jasnim barijerama¹¹⁹, premještajući vlastite želje iz svijeta iluzija na pijedestal pukog egoizma zaogrnutu plaštem prava. Sve je izgubilo smisao.

Premda UN-ova Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije protiv žena (1979.) govori o dostojanstvu žene, a njezin duh počiva na ciljevima Ujedinjenih naroda – reafirmaciji vjere u temeljna ljudska prava, ljudsko dostojanstvo i vrijednost ljudske osobe u jednakim pravima muškarca i žene¹²⁰, ova Konvencija striktno nije primjenjiva ni na apologetu ni na osudu surogatnoga majčinstva jer je namijenjena izjednačavanju žena s muškarcima u svim pravima. Ipak, u članku 2. st. 1. (f) Konvencija obvezuje države stranke da poduzmu sve mjere protiv diskriminacije žena. Čini se da nema dokaza, a kako na to upozorava akademska zajednica¹²¹, da surogatni aranžmani nisu iskorištavajući u odnosu na surogatne majke, osobito u zemljama u razvoju, i to na temelju diskriminacije zbog ekonomske ovisnosti. Premda je, po našem mišljenju, riječ kod surogatnoga majčinstva o iskorištavanju žena, nije primjenjiva ni UN-ova Konvencija o suzbijanju prodaje osoba i iskorištavanju za prostituciju drugih (1949.), jer se ona izrijeком bavi sprječavanjem prostitucije žena i njihove trgovine u svrhu

¹¹⁹ Kao što je zabrana incesta.

¹²⁰ <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>.

¹²¹ Tako Beaumont i Trimmings; prema Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 793.

prostitucije. Zanimljivo je samo spomenuti da i ova Konvencija prostituciju i trgovinu osobama smatra nespojivima s dostojanstvom i vrijednošću osobe te da ugrožavaju dobrobit pojedinca, obitelji i zajednice.

Razmatrajući o surogatnom majčinstvu kroz njegove elemente i krajnji cilj, nametnuo nam se zaključak da je s aspekta statusa žene surogatne majke riječ o intrinzičnom zlu¹²², kontroverznoj stvari koja može voditi novim oblicima eksploatacije žena¹²³ i moralno nedopustivom činu jer krši nepovredivost ljudskog tijela i neotuđivost osobnog statusa¹²⁴, uobičajeno zaštićene javnim poretom nacionalnih sustava. Nacionalni sustavi mogu djelovati protiv iskorištavanja žena i njezina dostojanstva pozivom na zaštitu vlastitoga javnog poretka koji je brana od nepoželjnih nasrtaja na ženino dostojanstvo tako da zabrane surogatno majčinstvo. Pitanje zaštite žene nadilazi nacionalne granice, pa osobito zbog međunarodnih surogatnih majčinstava zahtijeva odgovor međunarodne zajednice, odnosno regionalnih asocijacija kao što su Vijeće Europe i Europska unija.

Humanost kao poželjna karakteristika suvremenoga čovjeka dovodi se u pitanje kad ženino tijelo postaje roba, njezin život i emocije zašute pred novcem, a reproduktivni potencijali postanu sredstvo pregovaranja. Naručitelji surogatnog majčinstva ostvaraju svoje ciljeve ostvarenjem ove "transakcije"¹²⁵ na račun nekog drugog koji im je posljednje utočište.¹²⁶ Surogatne majke upuštaju se u takve aranžmane zbog neimaštine, pa po logici stvari kad ne bi imale financijskih problema, ne bi bile stranke ugovora. Dakle, riječ je o iskorištavanju slabije strane.

Razmatranje o dopustivosti surogatnih ugovora ne može se osloniti isključivo na pozitivistički pristup koji gleda na puku stranačku sposobnost žene i njezin pristanak na ugovor. Stranačka sposobnost zaključiti takav ugovor kroz pristanak na nj u suprotnosti je s dostojanstvom žene. Naše razmatranje polazište

¹²² U presudi *Paradiso* četiri suca u izdvojenom mišljenju sa žaljenjem ističu da se Sud nije jasno distancirao od prakse surogatnoga majčinstva, upozoravaju na strah ljudi od toga da želje postaju prevalentne, navode da je surogatno majčinstvo suprotno ljudskom dostojanstvu, da je riječ o ponižavajućem postupku ne samo za dijete, već i za surogatnu majku, surogatno je majčinstvo u suprotnosti s vrijednostima Konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, ono je nelegalno prema međunarodnom pravu, predstavlja ozbiljan problem trgovine ljudima pod paskom države; usporedi Puppinc, *op. cit.* u bilj. 55, str. 7.

¹²³ Sokolowski, *op. cit.* u bilj. 7, str. 600.

¹²⁴ Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 67.

¹²⁵ Puppinc, *op. cit.* u bilj. 55, str. 7 upozorava na "pozitivističko i neetično poimanje ljudskih prava" od strane manjinskog dijela sudskog vijeća u slučaju *Paradiso*, koji nije vidio ništa sporno u surogatnom majčinstvu.

¹²⁶ Warnock Izvješće prema Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 67.

ima u dostojanstvu žene i krajnji je cilj zaštititi ga. Autori koji se zauzimaju za surogatno majčinstvo polaze od neograničene slobode volje, pri čemu je primarni cilj postizanje roditeljstva (naručitelja), a zatim financijski probitak (surogatne majke). Stavi li se ove ciljeve u suodnos, onda se uspoređuju vrijednost načela (zaštite dostojanstva) i vrijednost koristi. Na općoj je razini doista upitno postoje li pravo, korist i osobni interes koji mogu nadjačati i isključiti dostojanstvo čovjeka. Koherentnost pravnog sustava mora proizlaziti iz odnosa društva prema vrijednostima sadržanima u javnome poretku, a među kojima je i dostojanstvo žene koje se protivi njezinu iskorištavanju u ma kojem obliku. Jačanje pojedinačnih, privatnih interesa vodi prema mnoštvu disharmoničnih i atomiziranih stavova. U *corpusu* javnog poretka još uvijek je (monogamna) obitelj kao vrijednost. Surogatnim majčinstvom dolazi do njezine transformacije, ljudska prava (kao i prava djeteta) se zanemaruju, individualne slobode postaju apsolut temeljen na željama, a žrtva svega jesu žene i dijete koje će predati drugome. Ako je to cilj – onda surogatno majčinstvo valja poduprijeti bez ikakvih izlika¹²⁷ s kojima se surogatnu majku oslobađa svojevrzne krivnje za njezinu “maćehinsku” ulogu i bez farizejske uloge države koja stvara “optimalne uvjete za autonomno odlučivanje i odgovarajuću potporu”.¹²⁸

6. DJECA KAO ROBA

Postaju li djeca ugovorom o surogatnom majčinstvu objekt kupoprodaje? Kupnja i prodaja lice su i naličje razmjene. Kupnja uvijek podrazumijeva davanje novčane vrijednosti, a prodaja njezino primanje. Kako se ne bi stvorila stigma da je riječ o kupnji i prodaji djece, da je riječ o robi, neki su zagovornici surogatnog majčinstva pokušavali taj pravni posao zaodjenuti u odoru “plaćanja za uslugu”. S velikim se žarom tobože pronašlo rješenje prema kojem nije riječ o kupnji i prodaji ako se naručiteljicu, a ne rodilju zamišlja kao majku.¹²⁹ No, fantazije ne bi smjele biti put stvaranja pravne norme. Jedan drugi pristup koji odlaže

¹²⁷ Kao što su financijski probitak žene zbog neimaštine, stručno savjetovanje i podrška koji kompenziraju ženine slabosti. U vezi s time upućujemo na presude u dvama slučajevima: *J v G* [2014] 1 FLR297 i *RE C* [2014] 1 FLR 654 prema Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 67. Autorica Fenton-Glynn navodi (na str. 68) iznose kompenzacija: u prvome slučaju iznos je bio 53.000 američkih dolara, a u drugome je surogatna majka dobila 8.812 funti, a agencija 40.000 funti.

¹²⁸ Misli se na (sudsku, specijaliziranu) kontrolu takvih ugovora prije naručene trudnoće kako je imaju Grčka, Izrael i Južnoafrička Republika; usporedi Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 70.

¹²⁹ Takav pristup ima Ukrajina; usp. Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 71.

primitak novca jednako je tako neutemeljen u opravdanju i nemoralan¹³⁰ jer se prema djetetu i u tome pravnom poslu odnosi kao prema lošoj robi.

U slučaju *Paradiso* izrijeком se navodi da je dijete predmet trgovine, a da surogatstvo stvara "ozbiljan problem ozakonjene trgovine ljudima".¹³¹ Štoviše, četiri suca promišljaju kroz prizmu ljudskog dostojanstva te izražavaju žaljenje što Sud nije jasno stao protiv prakse surogatnog majčinstva, protestirajući protiv poimanja čovjeka kao sredstva za zadovoljenje želja drugih osoba, te ističu da praksa surogatnog majčinstva, bez obzira na to je li naplatna, nije spojiva s ljudskim dostojanstvom i predstavlja ponižavajući odnos ne samo prema djetetu, već i prema surogatnoj majci, te je stoga suprotna vrijednostima koje njeguje Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (par. 7 presude). Komercijalno surogatno majčinstvo smatraju ilegalnim prema međunarodnom pravnom poimanju, a dijete žrtvom trgovine ljudima, koje je naručeno i kupljeno od strane para (par. 6 presude). Sasvim suprotna, liberalistička promišljanja na Europskome sudu pojavljuju se u slučajevima *Mennesson* i susljednima, u kojima Sud napušta primjedbe o trgovini djecom, sve kako bi pogodio ostvarivanju surogatnih majčinstava, moguće ucijenjen i nagrađen od interesnih lobija.¹³² Sada Sud napušta tezu o riziku od trgovine djecom i pribjegava formuli zaštite najboljeg interesa djeteta. U presudama uspoređuje i presuđuje o zadovoljenju individualnih želja naručitelja i opravdanju mjera poduzetih od strane država, a te mjere pogađaju dijete. Zapanjujuća je lakoća i kvaziargumentacija kojom je Europski sud za ljudska prava presudio da se nepriznavanjem ugovora o surogatnom majčinstvu sklopljenog u inozemstvu krši pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u slučaju *Mennesson* i *Labassee* protiv Francuske), istodobno zanemarujući i kršeći druga prava djece. Štoviše, Sud je otvorio put surogatnim majčinstvima u inozemstvu, zagovarajući gledište da zabrana surogatstva ne može imati prednost pred najboljim interesima djeteta. Najbolji interes djeteta

¹³⁰ Riječ je o izraelskom pristupu prema kojemu povjerenik isplaćuje mjesečnu naknadu, a konačni iznos nakon rođenja djeteta; ako se žena predomisli, mora vratiti sav novac.

¹³¹ Par. 202. Sudac Dedov u izdvojenom mišljenju; usporedi Brunetti-Pons, C., *Le développement du "tourisme procréatif", porte ouverte au trafic d'enfants et à l'exploitation de la misère?*, Cahiers de la justice 2016., n° 2, str. 249, prema Puppink, *op. cit.* u bilj. 55, str. 7. Usporedi <http://media.aclj.org/pdf/Surrogacy-general-interet-can-prevail-upon-the-desire-to-become-parents-Paradiso-and-Campanelli-v.-Italy-2017.pdf>; isto i u slučaju *D and Others protiv Belgije*.

¹³² Vidi Izvješće *European Centre for Law and Justice* (ECLJ), koje Sud nije nikad demantirao: <https://aclj.org/human-rights/exposing-conflicts-of-interest-between-george-soros-funded-ngos-and-judges-on-the-european-court-of-human-rights-part-1>.

načelo je postupanja prema čl. 3. Konvencije o pravima djeteta radi zaštite djeteta u svakom konkretnom slučaju, a ne izlika za postizanje cilja odraslih ljudi ili državne politike.¹³³ Najbolji interesi djece ne mogu biti u vakuumu i ne mogu postojati izvan javnog poretka, već s njime trebaju biti usklađeni. Poštovanje najboljih interesa djeteta ne može se ostvariti izvan poštovanja djetetovih prava. Dijete koje nema biološku vezu s naručiteljima nikad neće saznati tko su mu roditelji, što znači kršenje čl. 7. Konvencije o pravima djeteta.¹³⁴ Konvencijsko pravo djeteta na identitet različito se tumači u suprotstavljenim slučajevima *Paradiso* i *Mennesson*. Dijete koje ne potječe ni od jednog od naručitelja nikad neće ustanoviti svoje genealoško stablo (*Paradiso*), dok će dijete koje potječe od naručitelja (*Mennesson*) znati jednu njegovu liniju. Premda se u literaturi odobrava stajalište Europskoga suda i proširuje dopustivost surogatstva i u nacionalnim okvirima ako je jedan od naručitelja genetski povezan s djetetom¹³⁵, smatramo da je to iluzija jer identitet čine podaci o oboje roditelja. Nema opravdanja da se u genetski sličnoj situaciji kakva je posvojenje upozorava na navedeno pravo djeteta, dok se u slučaju surogatnog majčinstva zanemaruje.

Instrumentalizacija djece i njihov tretman kao robe vidljiv je u tome što takva djeca nastaju kao “puko sredstvo za postizanje cilja”¹³⁶ jer naručitelji njihova rođenja “žele zadovoljiti svoje preferencije ... i različite ciljeve, kao što su: imati braću rođenoj djeci (kako bi bili darivatelji organa); kako bi imali nekog koga će voljeti i tko će njih voljeti; imati pomoć u starosti; nasljednike u biznisu ili profesiji itd.”¹³⁷ Većina takvih ciljeva je legitimna, “neutralna ili ispravna”¹³⁸, no ne mogu opravdati tu svojevrsnu trgovinu djecom. Roditeljstvo mora u svojoj srži imati ljubav, neovisno o razlozima zašto imati djecu. Kad se surogatna majka odluči na trudnoću i predaju djeteta, ona ga nema potaknuta spomenutim ciljevima ili radi djeteta samoga i svojega roditeljstva, već kako bi postigla druge ciljeve (novac, osjećaj važnosti i sl.) nespojive s odgovornim roditeljstvom. Takva su djeca začeta s osnovnom idejom separacije od majke, što je s aspekta djeteta i njegovih prava, zaštićenih Konvencijom o pravima djeteta, neprihvatljivo. Predaja djeteta od majke drugoj osobi kontradiktorna

¹³³ Slično i Iliadou, *op. cit.* u bilj. 50, str. 152.

¹³⁴ Čl. 7. st. 1. Konvencije o pravima djeteta: “1. Dijete mora biti upisano u matične knjige odmah nakon rođenja i od rođenja ima pravo na ime, pravo na stjecanje državljanstva i, koliko god je moguće, pravo da zna svoje roditelje i uživa njihovu skrb.”

¹³⁵ Tako Mulligan, *op. cit.* u bilj. 5, str. 469 i 475.

¹³⁶ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 88.

¹³⁷ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 89.

¹³⁸ Soniewicka, *ibid.*

je srži majčinstva i inače predmetom osude jer istodobno vrijeda značenje i vrijednost majčinstva¹³⁹ i dostojanstvo djeteta.

Osim prava djeteta da zna tko su njegovi roditelji, surogatnim majčinstvom krši se i djetetovo pravo na skrb od strane roditelja (čl. 7.). Skrb roditelja od presudne je važnosti za duševni i tjelesni razvoj djeteta. Postoje neke znanstvene naznake o emocionalnoj povezanosti djeteta s biološkom majkom za vrijeme trudnoće, a izvjesno je da separacijom djeteta od majke nakon rođenja pa do trenutka njegova preuzimanja od strane naručiteljskog para ono nema bliski emocionalni kontakt kakav mu je nužno potreban.¹⁴⁰ Govori se i o identitetskim problemima duševnoga zdravlja zbog osjećaja napuštanja od strane biološke majke. Poseban problem predstavlja situacija kad bi se dijete rodilo s određenim tjelesnim nedostacima i zbog toga bilo nepoželjno naručiteljskom paru i surogatnoj majci.¹⁴¹ Dakle, u kolopletu želja i ugovornih prava naručitelja i surogatne majke najugroženije je dijete. Daljnja opasnost za dijete postoji zbog toga što se u postupku sklapanja ugovora o surogatstvu ne čini provjera naručitelja kao potencijalnih (socijalnih i pravnih) roditelja, pa je moguće da budu neodgovarajući roditelji po dobi¹⁴², slabog zdravlja ili zlostavljači.

Da je surogatno majčinstvo pravni okvir za trgovinu djece, dokazuje i Izvješće posebnog izvjestitelja UN-a o prodaji i seksualnom iskorištavanju djece, uključujući dječju prostituciju, dječju pornografiju i druge oblike spolnog iskorištavanja djece (od 15. siječnja 2018.) koje, među inim preporukama za nacionalne sustave, ističe potrebu stvaranja "jamstava za prevenciju trgovine djecom u kontekstu altruističkog surogatstva ..." [toč. 1. 77(d)]. Usprkos izričitom spominjanju trgovine djecom, nažalost, surogatne se aranžmane ne osuđuje, već se kroz različite zahtjeve govori o potrebi poboljšanja situacije i njihove kontrole.¹⁴³

¹³⁹ U hrvatskome pravnom sustavu majčinstvo je ustavna kategorija i uživa zaštitu države. Valja upozoriti na društvenu osudu napuštanja djeteta kao kazneno djelo.

¹⁴⁰ Usp. bilj. 7.

¹⁴¹ Budući da se surogatno majčinstvo odvija putem IVF-a, zbog propusta je moguće da se dijete rodi s određenim zdravstvenim problemima; usporedi slučaj *Baby Do*, Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 83.

¹⁴² Osobito je to neprikladno u situacijama kakve su se dogodile, a to je da je majkom postala žena u sedmom desetljeću života ili, kako Soniewicka navodi, apsurdnu situaciju u slučaju glumice Zsa Zse Gabor koja je takvim putem imala namjeru postati majka u 94. godini; usporedi Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 85.

¹⁴³ Tako u pojedinostima o adekvatnoj naknadi surogatnoj majci i posredniku, njihove kontrole od strane nadležnih tijela i zadržavanju roditeljskih prava surogatne majke pri rođenju djeteta, o određivanju najboljeg interesa djeteta nakon rođenja, o sudskoj ili sličnoj provjeri statusa naručitelja, financijskih aspekata ugovora i posrednika, o potrebi uređenja medicinskih aspekata radi zaštite zdravlja surogatne majke,

7. ZAKLJUČAK

Surogatno majčinstvo realnost je suvremenoga doba. Njega je omogućila biomedicina pretekavši pravnu regulativu. U međuvremenu su se zagovornici ovog postupka okupili oko liberalističkih ideja koje svoju srž crpe u slobodi pristanka i željama kao temelju nastanka prava. Pravni su se sustavi, kad su počeli reagirati na ovu danost, podijelili u dvije skupine – one koji dopuštaju surogatno majčinstvo i one koji ga zabranjuju. Prosuđivati o dopustivosti ili neprihvatljivosti surogatnog majčinstva podrazumijeva potrebu valjane argumentacije. No, teško je razumjeti ijedan argument koji bi obezvrijedio ljudsko dostojanstvo u ime surogatnog majčinstva i ispunjenja želja naručiteljskog para. Pokušali smo iznijeti mnoštvo argumenata koji govore o tome da surogatno majčinstvo predstavlja modernu eksploataciju žene i kršenje prava djeteta. U pravnome smislu surogatno je majčinstvo izvršilo revolucionarni napad na javni poredak u čijim su temeljima ljudsko dostojanstvo, humanost i vladavina prava. Povrh toga, narušilo je osnovne pravne postulate o podrijetlu djeteta i roditeljstvu, pretvorivši dijete u objekt ugovora i robu. Nažalost, svjedoci smo nekonzistentne prakse Europskog suda za ljudska prava koji Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda tumači na nov način radi zadovoljenja ciljeva skrivenih lobija, čime dovodi u pitanje svoje ranije presude o pravu na poštovanje privatnog i obiteljskog života iz čl. 8. Misija Suda u Strasbourgu trebala bi biti zauzimanje za poštovanje vrijednosti ljudskog dostojanstva, humanosti i prava djece u skladu s Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a ne pronalaženje načina unutar nacionalnih okvira kako da ih se nekažnjeno krši.¹⁴⁴ Europski pravni odgovor na etičke izazove je krznav, i tu situaciju koristi Sud.

Surogatno majčinstvo utječe i na obiteljsku strukturu, odnosno poimanje obitelji na način da se treće osobe “uvlači” u bračnu zajednicu¹⁴⁵, promiče jednoroditeljstvo i kreira konfuznu obiteljsku lozu odnosno genealogiju. Sasvim je izvjesno da će djeca surogatnih majki u budućnosti imati psihičke probleme s obzirom na više majki i na traženje one prave. Kod surogatnog majčinstva postoji asimetrija roditeljstva (genetska povezanost djeteta samo s jednim naru-

o zaštitu prava na identitet, pristupu informacijama i izbjegavanje apatridije djece, o kaznenopravnoj i građanskopravnoj odgovornosti za ilegalne surogatne aranžmane, o potrebi prikupljanja i diseminacije podataka, studija o njihovoj utjecaju na ljudska prava i dr. Na međunarodnoj razini [toč. 2. 778] specijalni izvjestitelj zagovara rad internacionalnoga tijela u vezi s međunarodnim surogatnim majčinstvom.

¹⁴⁴ Puppink, *op. cit.* u bilj. 55, str. 7.

¹⁴⁵ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 87 upućuje na autora C. B. Cohena prema kojemu je riječ o kvazipreljubničkom aranžmanu.

čiteljem), što može utjecati na stabilnost obitelji kao temeljne društvene jedinice. Premda je obitelj u tradicionalnom poimanju već načeta i duboko transformirana¹⁴⁶, jedno je prihvatiti promjene koje su se dogodile (kao npr. povećanje broja jednoroditeljskih obitelji), a drugo je promicati nove tipove obitelji (kao što su obitelji nastale iz surogatnih aranžmana ili kod homoseksualnih parova). U slučaju razvoda braka surogatno majčinstvo bi moglo otvoriti pitanje odluke o djeci s obzirom na genetsko podrijetlo djeteta, pri čemu bi biološka veza oca mogla *a fortiori* jačati pravnu poziciju oca u odnosu na majku s kojom dijete biološki nije srodno.

Ugovaranje rađanja djece za drugoga otvara nisku pitanja o sudbini djece rođene izvan i mimo želja i očekivanja naručitelja (npr. rođenje blizanaca umjesto jednog djeteta; bolesnog umjesto zdravog djeteta, djeteta druge rase, a ne bjelačkoga¹⁴⁷ i sl.).

Ugovor o surogatnom majčinstvu pravni je okvir unutar kojeg se kreću zainteresirane stranke. Njegov je krajnji cilj rođenje i predaja djeteta nastaloga kao posljedica prokreacije treće osobe (surogatne majke). Posljedica rođenja svakog djeteta je nastanak roditeljstva¹⁴⁸ surogatne majke, odnosno pravnog odnosa roditelj – dijete. Pravni sustavi zabranjuju roditeljima da se odreknu roditeljskog prava, no srž pravnog odnosa i uvjet za ispunjenje ugovora o surogatnom majčinstvu upravo jest odricanje od roditeljske skrbi. Ovaj pravni *salto mortale* boluje od ozbiljnog prigovora. Naime, roditeljsko je pravo strogo osobno pravo i time neprenosivo. Surogatni ugovori pretvaraju osobna prava u disponibilna imovinska prava, čime se narušava pravna logika cijeloga pravnog sustava. Neprenosivost osobnih prava njihova je bitna karakteristika, pa je omogućavanje prijenosa roditeljske skrbi u surogatnim aranžmanima protivno logici cijeloga pravnog sustava koji odjeljuje osobna od imovinskih prava te privatna od javnih prava.

Surogatno majčinstvo kroz *fait accomplie* pristup mijenja ljudski pristup djeci, vezama, obitelji i prokreaciji te nameće nove obrasce postupanja i prosuđivanja na temelju uvaženih želja koje – jednom usvojene – postaju pravo, što je pogrešan i opasan put. Pravno gledajući, prekogranična surogatstva na fraudulozan način

¹⁴⁶ Tako Robertson, J., *Surrogate Mothers: Not So Novel After All*, Hastings Center Report 1983, No. 13(5).

¹⁴⁷ Bobrzynska, *op. cit.* u bilj. 14, str. 632 spominje rasne preferencije naručitelja djeteta, pri čemu su poželjnija djeca kavkaskih negoli indijskih karakteristika.

¹⁴⁸ Zabrinjavajuće je što ne postoji jedinstven europski odgovor na jednostavno pitanje: što znači biti roditelj? Riječ *roditelj* u mnogim jezicima ima svoje izvorište u riječi *roditi* – *pario*, 3. *peperi*, *partum*; latinski *parens*, *-tis*, m. i f. i izvedenice u različitim jezicima, na primjer engl. *parent*, franc. *parent*), odnosno u riječi *genus* (npr. talijanski *genitore*).

zaobilaze domaće zakonodavstvo i njegove osnovne pravne postulate. Države koje su pribjegle mehanizmima posrednog onemogućavanja prekograničnog surrogatnog majčinstva (*travel restrictions mechanism* i mehanizam *nepriznanja pravnog roditeljstva*) štite nacionalni javni poredak, no imaju negativan učinak na tzv. najbolji interes djece, ostavljajući ih bez pravnih roditelja¹⁴⁹ i njihove skrbi. S druge strane, kad i postoji biološka veza kao osnova za nastanak pravne veze, ona je ograničena na muškarca iz naručiteljskog para, iz čega se otvara pravno neprihvatljiva konstrukcija da muškarac koji je pravno i biološki otac djeteta stvara presumpciju u korist majčinstva svoje žene koja biološki nije majka djetetu. Nesmotreno je i neutemeljeno najbolji interes djeteta opravdavati povredom njegova prava na privatnost, kako to čini Europski sud, istodobno kršeći njegova druga, ne manje važna prava kao što su pravo na saznanje podrijetla, skrb roditelja, identitet, zdravlje i dr. Pravo djeteta na privatnost ne može biti opravdanje za trgovinu djecom kako bi roditeljstvo "izraslo" na željama naručitelja. Pravima djece treba dati prioritet u odnosu na reproduktivna prava odraslih¹⁵⁰ i ne koristiti ih za podupiranje surrogatnog majčinstva. U kaosu pravnih odnosa i emocionalnih veza diktat uspjeha na račun tuđih prava i sloboda, osobito žene koju surrogatni ugovori svode na objekt iskorištavanja, pri čemu postignuće cilja ovisi o novcu, nije nimalo prihvatljiv obrazac novog života kakav nam se nameće.

Surogatno majčinstvo jest rukavica bačena u lice i etici. Pravna pravila moraju počivati na *ethosu* i stvarati koherentan vrijednosni sustav koji se reflektira u javnomu poretku. Ljudsko je dostojanstvo u srži javnoga poretka i koliko je pravni pojam, toliko je i etička dimenzija. Ako je etički prihvatljivo ženu koristiti kao "stroj za rađanje", onda će različiti modaliteti¹⁵¹ kao što su voljnost, pristanak i ekonomski prosperitet opravdati poništavanje njezina dostojanstva. No, ako su svim tim idejama o autonomiji i prosperitetu nadređeni moral i javni poredak kao obilježje društva zatočenoga u pravnome sustavu, onda je situacija drukčija i nema mjesta pluralizmu morala.¹⁵² U tome smislu ne smijemo biti licemjerni i njegovati dvostruke standarde, pa nijekati valjanost ženina slobodnog pristanka na prostituciju jer je ne smatramo moralnom, a kod surrogatnog majčinstva sma-

¹⁴⁹ Tako Čulo Margaletić; Preložnjak; Šimović, *op. cit.* u bilj. 16, str. 798.

¹⁵⁰ Sokolowski, *op. cit.* u bilj. 7, str. 605.

¹⁵¹ Tako Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 60 zagovara prethodno odobrenje ugovora, naplatnost posla, autonomnost žene u odlučivanju. Autorica se, str. 65, zalaže za primjenu prava države u kojoj je dijete rođeno u vezi s prosudbom je li riječ o iskorištavanju žene.

¹⁵² Tako Fenton-Glynn, *op. cit.* u bilj. 17, str. 64 opravdanje za surogatno majčinstvo nalazi u reproduktivnom turizmu kao jednom od aspekata "moralnog pluralizma koji omogućuje miroljubivu koegzistenciju različitih etičkih pogleda".

trati pristanak pravnim uvjetom toga posla.¹⁵³ Ako javni poredak kroz pravne aksiome i pravna pravila određuje kakvim treba biti ponašanje građana, onda njegovo zaobilaženje znači urušavanje vladavine prava, pa su države slobodne sankcionirati ga. Smatramo ispravnim da države ustraju na svojim vrijednostima i obeshrabre svoje građane u poduzimanju koraka prema surogatnom majčinstvu nepriznavanjem roditeljskog odnosa naručitelja.¹⁵⁴ Nažalost, vidjeli smo da to nije put kojim kroči Europski sud za ljudska prava, pa ni Ujedinjeni narodi, otvarajući crne horizonte eksploatacije žena i trgovine djecom. Sloboda kretanja europskih građana uporište je Europske unije¹⁵⁵, no kad ta sloboda zahvati u obiteljskopravno područje¹⁵⁶ i kad se shvati u neograničenom smislu tako da građanima mora omogućiti i reproduktivne usluge u drugim europskim državama, onda počinje put posut trnjem apsolutnih sloboda, negacijom nacionalnih sustava, javnog poretka, ljudskog dostojanstva te ljudskih i dječjih prava.

¹⁵³ Soniewicka, *op. cit.* u bilj. 10, str. 77 čini razliku između prostitucije i surogatnog majčinstva u odnosu na tijelo žene. Navodi kako kod surogatnog majčinstva žena daje dozvolu za pristup njezinu tijelu kroz razdoblje od devet mjeseci kad je cijelo tijelo angažirano u trudnoći, a ne samo njegovi dijelovi. Nadalje upozorava i na neusporedivost darivanja jajnih stanica ili gameta s doniranjem organa (i krvi) jer rezultat prvoga je stvaranje ljudskog bića, a drugoga je pomoć u ostanku na životu drugog bića.

¹⁵⁴ Najnoviji je, i po našem mišljenju ohrabrujući primjer Rezolucija o osudi svih oblika surogatnog majčinstva Parlamenta Litve od 25. lipnja 2020. u kojoj se naglašava suprotnost prakse surogatnog majčinstva različitim međunarodnim ugovorima te se naglašava njegova protivnost dostojanstvu žene i djece; usporedi <http://media.aclj.org/pdf/Seimas-of-the-Republic-of-Lithuania-Resolution-on-Condemning-all-Forms-of-Surrogacy-25-June-2020-XIII-3160-Vilnius.pdf>.

¹⁵⁵ Usporedi čl. 3. Ugovora o Europskoj uniji: "1. Cilj je Unije promicanje mira, njezinih vrijednosti i dobrobiti njezinih naroda. 2. Unija svojim građanima nudi područje slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica, na kojem je osigurano slobodno kretanje osoba zajedno s odgovarajućim mjerama u pogledu nadzora vanjskih granica, azila, useljavanja te sprečavanja i suzbijanja kriminala." (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_2&format=PDF).

¹⁵⁶ O tome vidi Hrabar, D., *Posredni utjecaj Vijeća Europe na Europsku uniju u svjetlu obiteljskopравnih vrijednosti*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, vol. 10, 2019., str. 133 – 162.

LITERATURA

- Achmad, C. I., *Children's rights in International Commercial Surrogacy*, E. M. Meijers Institut, Leiden, 2018.
- Archard, D., *Wrongful life*, *Philosophy*, vol. 79, 2004., str. 403 – 420; doi.org/10.1017/S0031819104000348
- Beaumont, P.; Trimmings, K., *Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is There Still a Need for Global Regulation of Surrogacy?*, University of Aberdeen, Working Paper No 2016/4, 2016.; https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf
- Bennett, R.; Harris, J., *Are there lives not worth living? When is it morally wrong to reproduce*, u: Dickenson, D. L. (ed.), *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002., str. 321 – 334; doi.org/10.1017/CBO9780511545122.020
- Bobrzynska, O., *Surrogate motherhood: current trends and the comparative perspective*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiary Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 645 – 657.
- Buchanan, A.; Brock, D. W.; Daniels, N.; Wikler, D., *From Chance to Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Croke, L., *Pre-implantation Genetic Diagnosis under the General Scheme of the Assisted Human Reproduction Bill 2017: How Should Irish Law Regulate Prospective Parents "Designing" Their Future Child*, *King's Inns Law Review*, vol. 126, 2017., str. 126 – 157.
- Čulo Margaletić, A.; Preložnjak, B.; Šimović, I., *Presumption of Motherhood on Crossroad of Surrogacy Arrangements in EU*, u: Duić, D.; Petrašević, T. (ur.), *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC 3)*, Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, 2019., str. 778 – 802; doi.org/10.25234/eclic/9031
- Fenton-Glynn, C., *International surrogacy before the European Court of Human Rights*, *Journal of Private International Law*, vol. 13, br. 3, 2018., str. 546 – 567; doi.org/10.1080/17441048.2017.1385901
- Fenton-Glynn, C., *Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements*, *Medical Law Review*, vol. 24, br. 1, 2016., str. 59 – 75; doi.org/10.1093/medlaw/fwv044
- Florescu, S.; Sloth-Nielsen, J., *Visions on Surrogacy – from North to South: The Approach of the Netherlands and South Africa to the Issue of Surrogacy and the Child's Right to Know his Origin*, u: Brinig, M. (ur.), *International Survey of Family Law 2017*, Jordan Publishers, 2017.

- Gajda, J.; Lukasiewicz, R., *Principles of adoption system versus surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiary Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 709 – 751.
- Gavella, N., *Privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2019.
- Hrabar, D., *Što je s podrijetlom djeteta ako mater non semper certa est?*, u: Hrabar, D. (ur.), *Obiteljski zakon – novine, dvojbe i perspektive*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 23 – 32.
- Hrabar, D., *Posredni utjecaj Vijeća Europe na Europsku uniju u svjetlu obiteljskopравnih vrijednosti*, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske/Yearbook Croatian Academy of Legal Sciences, vol. X, br. 1, 2019., str. 133 – 162; doi.org/10.32984/gapzh.10.1.7
- Hrabar, D., *Prava djece u Europskoj uniji – pravni okvir*, u: Hrabar, D. (ur.), *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 53 – 71.
- Iliadou, M., *Surrogacy and the ECtHR: Reflections on Paradiso and Campanelli v. Italy*, Medical Law Review, vol. 27, br. 1, 2018., str. 144 – 154; doi.org/10.1093/medlaw/fwy002
- Khazova, O. A.; Mezmur, B. D., *UN Committee on the Rights of the Child – Reflections on Family Law Issues in the Jurisprudence of the CRC Committee*, u: *International Survey of Family Law 2019*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen, Chicago, 2019., str. 305 – 327; doi.org/10.1017/9781780689319.021
- Korać Graovac, A., *Povelja o temeljnim pravima Europske unije i obiteljsko pravo*, u: Hrabar, D. (ur.), *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 25 – 51.
- Majstorović, I., *Obiteljsko pravo kao različitost u jedinstvu: Europska unija i Hrvatska*, u: Hrabar, D. (ur.), *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2013., str. 1 – 24.
- Mirocha, L., *Dark side of diversity, Actions undertaken in the system of the Council of Europe with regard to the issue of surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiary Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 527 – 558.
- Mulligan, A., *Identity rights and sensitive ethical questions: the European Convention on human rights and the regulation of surrogacy arrangements*, Medical Law Review, vol. 26, br. 3, 2018., str. 449 – 475; doi.org/10.1093/medlaw/fwx066
- Petrak, M., *Pravne regule “Mater semper certa est” i “Pater est quem nuptiae demonstrant” u suvremenom kontekstu*, u: Šalković, J. (ur.), *Kanonsko pravo i medicina: izabrana pitanja*, Glas Koncila, Zagreb, 2013., str. 181 – 189.

- Puppinck, G., *Surrogacy, General interest can prevail upon the desire to become parents – about the Paradiso and Campanelli v. Italy Grand Chamber judgment of 24th January 2017*; <http://media.aclj.org/pdf/Surrogacy-general-interet-can-prevail-up-on-the-desire-to-become-parents,-Paradiso-and-Campanelli-v-Italy-2017.pdf>
- Robertson, J., *Surrogate Mothers: Not So Novel After All*, Hastings Center Report, vol. 13, br. 5, 1983., str. 28 – 34; doi.org/10.2307/3560576
- Shúilleabháin, M. N., *Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights*, International Journal of Law, Policy and the Family, vol. 33, br. 1, 2019., str. 104 – 122; doi.org/10.1093/lawfam/eby021
- Sokanović, L.; Mišić Radanović, N., *Human reproduction – selected aspects of criminal justice in Croatia*, Journal of Eastern-European Criminal Law, vol. 1, br. 1, 2016., str. 230 – 240.
- Sokolowski, M., *Surrogate motherhood in legal and political activities of the institutions of the European Union*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiary Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 589 – 605.
- Soniewicka, M., *Ethical and philosophical issues arising from surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiary Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 45 – 97.
- Storror, R. F., “*The phantom children of the Republic*”: international surrogacy and the new illegitimacy, Journal of Gender, Social Policy & the Law, vol. 20, br. 3, 2012., str. 561 – 610.
- Ten Haaf, L., *Future Persons and Legal Persons: The Problematic Representation of the Future Child in the Regulation of Reproduction*, Laws, vol. 5, 2016., str. 1 – 16; doi.org/10.3390/laws5010010
- Wedel-Domaradzka, A., *Surrogacy – a solution that brings new problems. International organizations and surrogate motherhood*, u: Mostowik, P. (ed.), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood, Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wimiary Sprawiedliwości, Warszawa, 2019., str. 607 – 641.
- Wilkinson, S., *Choosing Tomorrow's Children. The Ethics of Selective Reproduction*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Yetano, M. T., *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, Journal of Private International Law, vol. 6, br. 1, 2010., str. 155 – 193; doi.org/10.1080/17536235.2010.11424376

Summary

Dubravka Hrabar*

SURROGATE MOTHERHOOD AS A CONTEMPORARY FORM OF
EXPLOITATION OF WOMEN AND CHILD TRAFFICKING

The emergence of parenthood with new features, including surrogate motherhood, was made possible in the post-modern age through a new liberalist approach to social values and the development of bio-medical sciences. Surrogate motherhood is a new legal institute enabling one to become a parent in the event of infertility through a contractual arrangement with a surrogate mother. As a rule, this procedure results in the separation of genetic, social and legal parenthood, which creates utter legal confusion. Consequently, such contracts give rise to a multitude of ethical and legal issues. Some legal systems allow surrogacy contracts, even those featuring an international element, thus placing private relations between different interested parties in the hands of an individual, his wishes and the autonomy of his will. In doing so, they annul or transform public policy (ordre public) and morality contained in the presumption mater semper certa est. While the rights of interested subjects may or may not converge, the fact remains that the central subject of this contractual relationship – the child – has the least rights, although the contract cannot be realised without its existence. Surrogacy contracts with international elements give rise to major disputes that are heard by the European Court of Human Rights involving the aspect of the violation of the right to respect for private and family life. The Court's case law initially protected the rights of children and their welfare (e.g. Paradiso and Campanelli vs. Italy). However, most recent judgements (e.g. Mannesson vs. France and Labassee vs. France) illustrate a turnabout towards the de facto exploitation of women and child trafficking and reinforce the Court in overstepping the limits of its own authority. The Court resorts to freedom of movement of citizens as a European value and gives this concept precedence over national family law systems and their values. European legislation is deficient and subject to constant pressure by different interest groups to adopt regulation that encourages and approves surrogate motherhood. Traditional values, national public policies and the rule of law are attacked from these two directions – European case law and potential global and European legislation. An additional fact causing concern is that the Court's judgements do not recognise the axiomatic separation of personal (vis-à-vis property) rights and the feature of non-transferability of the right to parenthood as a personal right. This legalises fraudulent behaviour of contractual parties and, last but not least, places the child on the

* Dubravka Hrabar, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb, Croatia; dubravka.hrabar@pravo.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4103-8190

margins of the relationship by instrumentalising it, turning it into an object of trafficking and blatantly violating its various rights.

Keywords: surrogate motherhood; public order; exploitation of women; rights of children; European Court of Human Rights